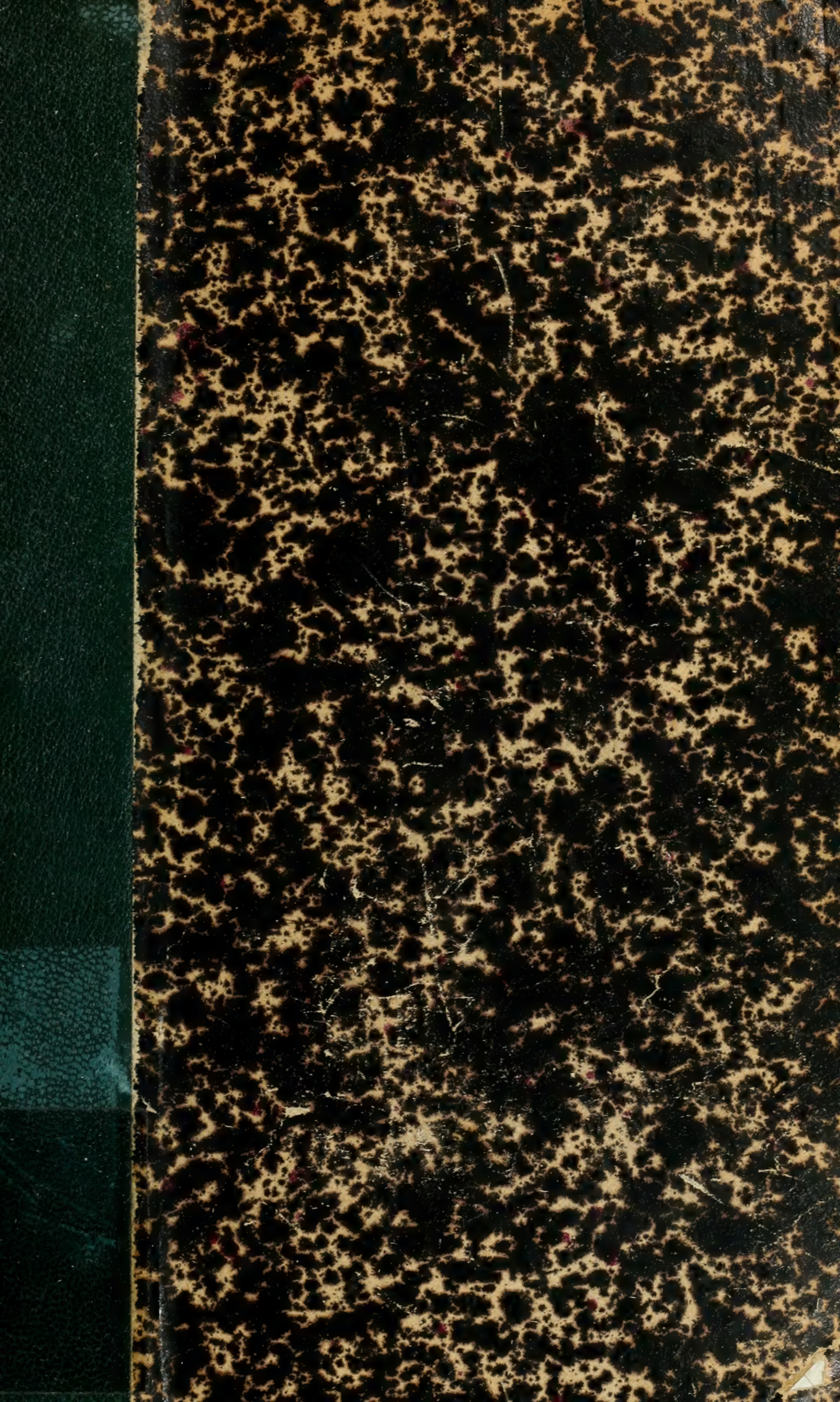
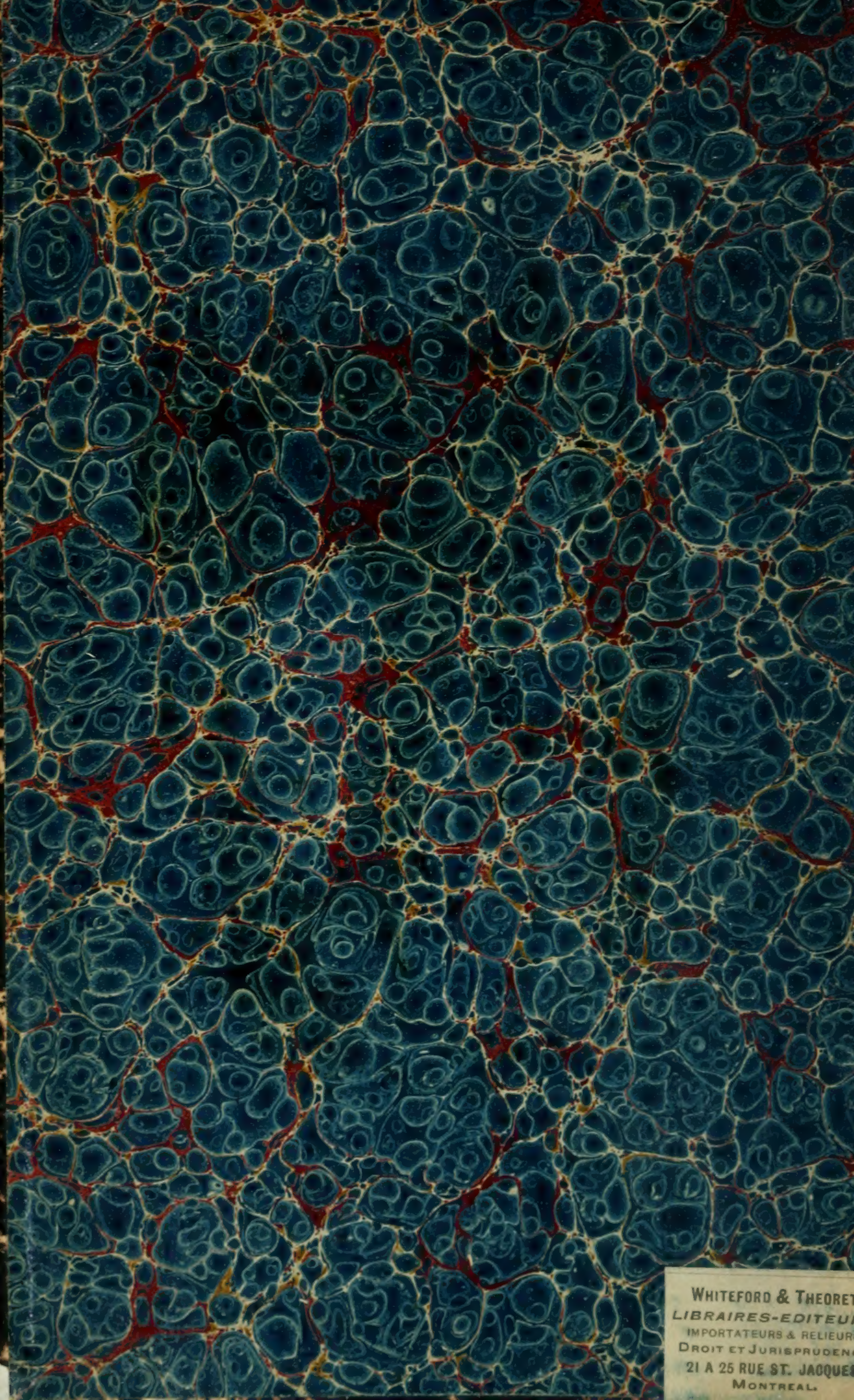
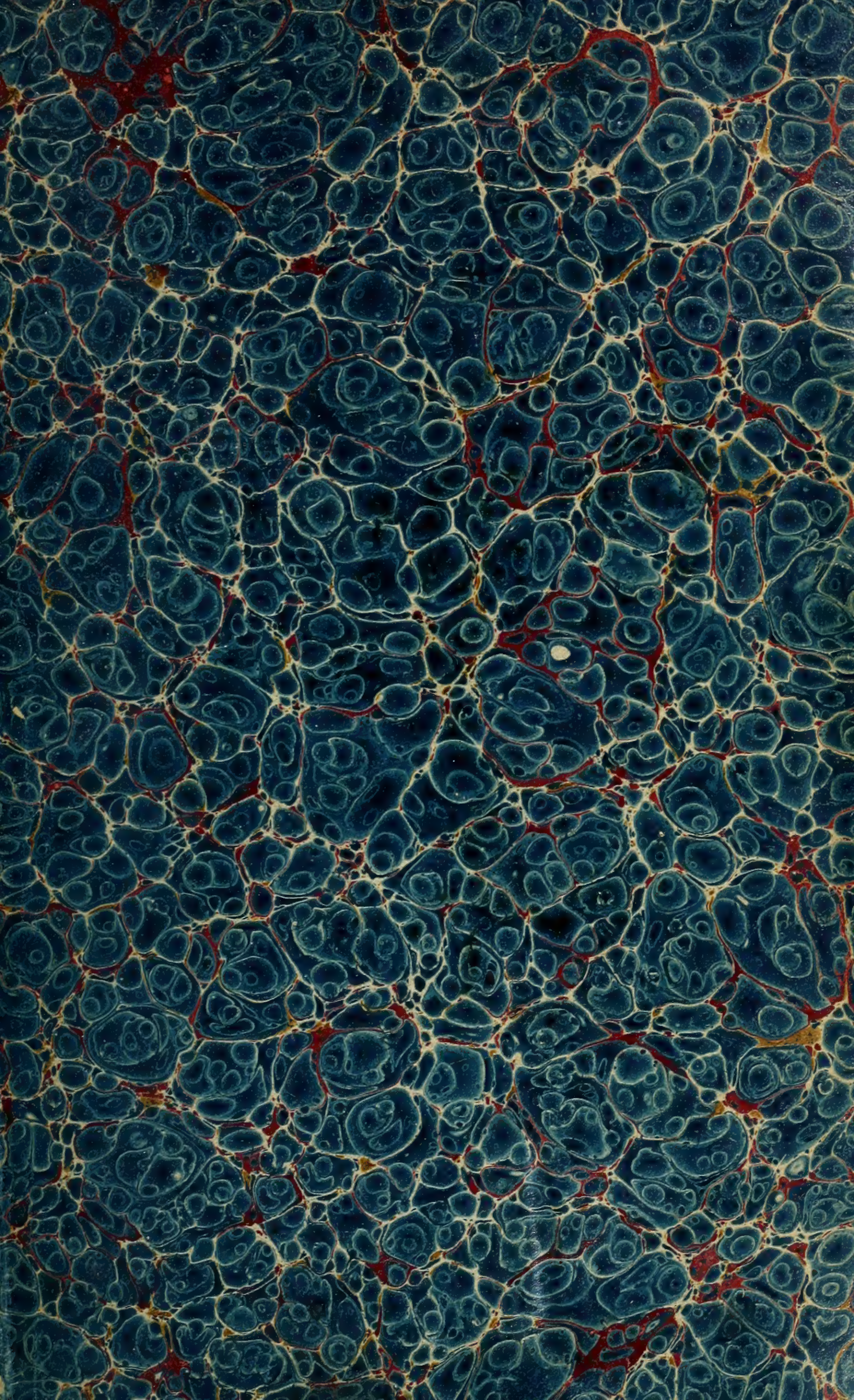
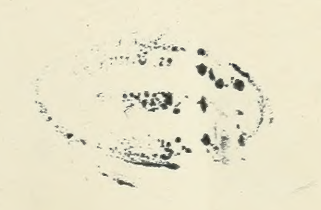



WHITEFORD & THEORET
LIBRAIRES-EDITEU
IMPORTATEURS & RELIEUR
DROIT ET JURISPRUDEN
21 A 25 RUE ST. JACQUE
MONTREAL.





COURS ANALYTIQUE

DE

CODE CIVIL.

PARIS. TYPOGRAPHIE DE E. PLON, NOURRIT ET Cie
RUE GARANCIÈRE, 8.



COURS ANALYTIQUE

DE

CODE CIVIL

PAR

A. M. DEMANTE,

AVOCAT A LA COUR D'APPEL, PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS,
ANCIEN MEMBRE DES ASSEMBLÉES NATIONALES,

CONTINUÉ DEPUIS L'ARTICLE 980

PAR

E. COLMET DE SANTERRE,

MEMBRE DE L'INSTITUT,
DOYEN ET PROFESSEUR DE CODE CIVIL A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS.

Deuxième Édition

REVUE ET MISE AU COURANT DE LA LÉGISLATION ET DE LA JURISPRUDENCE

TOME NEUVIÈME

ART. 2092 — 2218

PARIS

LIBRAIRIE PLON

E. PLON, NOURRIT ET Cie, IMPRIMEURS-ÉDITEURS

10, RUE GARANCIÈRE.

—

1889



SOMMAIRES.

LIVRE III.

TITRE XVIII.

DES PRIVILÈGES ET HYPOTHÈQUES.

(1) Les paragraphes imprimés en gros caractères sont la reproduction du *Programme du cours de Droit civil de* M. Demante; les paragraphes portant les nos *bis* sont l'œuvre de M. Colmet de Santerre.

CHAPITRE II.

DES PRIVILÈGES.

SECTION Ire.

DES PRIVILÈGES SUR LES MEUBLES.

§ 1er.

Des privilèges généraux sur les meubles.

§ 2.

Des privilèges sur certains meubles.

I

Du privilège du locateur.

II

Du privilège du gagiste.

III

Du privilège des frais faits pour la conservation de la chose.

IV

Du privilège du vendeur.

V

Du privilège de l'aubergiste.

VI

Du privilège du voiturier.

VII

Du privilège sur le cautionnement des fonctionnaires publics.

VIII

Autres privilèges sur certains meubles.

§ 3.

Dans quel ordre s'exercent les privilèges sur les meubles.

SECTION II.

Des privilèges sur les immeubles.

I

Privilège du vendeur.

II

Privilège des prêteurs qui ont fourni les deniers pour l'acquisition.

III

Privilège des cohéritiers.

IV

Privilège des architectes, entrepreneurs et ouvriers.

V

Privilège des prêteurs qui ont fourni les fonds pour payer les travaux.

VI

Privilège de la séparation des patrimoines.

SECTION III.

Privilèges qui s'étendent sur les meubles est les immeubles.

APPENDICE AUX SECTIONS II ET III.

ORDRE DES PRIVILÈGES SUR LES IMMEUBLES.

SECTION IV.

Comment se conservent les privilèges.

CHAPITRE III.

DES HYPOTHÈQUES.

SECTION I.

Des hypothèques légales.

SECTION II.

Des hypothèques judiciaires.

SECTION III.

Des hypothèques conventionnelles.

SECTION IV.

Du rang que les hypothèques ont entre elles.

CHAPITRE IV.

DU MODE DE L'INSCRIPTION DES PRIVILÈGES ET HYPOTHÈQUES.

CHAPITRE V.

DE LA RADIATION ET RÉDUCTION DES INSCRIPTIONS.

CHAPITRE VI.

DE L'EFFET DES PRIVILÈGES ET HYPOTHÈQUES CONTRE LES TIERS DÉTENTEURS.

CHAPITRE VII.

DE L'EXTINCTION DES PRIVILÈGES ET HYPOTHÈQUES.

CHAPITRE VIII.

DU MODE DE PURGER LES PROPRIÉTÉS DES PRIVILEGES ET HYPOTHÈQUES.

CHAPITRE IX.

DU MODE DE PURGER LES HYPOTHÈQUES QUAND IL N'EXISTE PAS D'INSCRIPTIONS SUR LES BIENS DES MARIS ET TUTEURS.

CHAPITRE X.

DE LA PUBLICITÉ DES REGISTRES ET DE LA RESPONSABILITÉ DES CONSERVATEURS.

TITRE XIX.

DE L'EXPROPRIATION FORCÉE ET DES ORDRES ENTRE LES CRÉANCIERS.

CHAPITRE PREMIER.

DE L'EXPROPRIATION FORCÉE.

CHAPITRE II.

DE L'ORDRE ET DE LA DISTRIBUTION DU PRIX ENTRE LES CRÉANCIERS.

FIN DES SOMMAIRES.

COURS

ANALYTIQUE

DE CODE CIVIL.

LIVRE III.

TITRE DIX-HUITIÈME.

DES PRIVILÈGES ET HYPOTHÈQUES.

1. Le nantissement, qui fait l'objet du titre précédent, appartient sous un rapport à la matière des contrats, puisqu'il est lui-même un contrat. Sous un autre rapport, il est, comme on l'a vu, un moyen d'assurer l'exécution des obligations ; tel est aussi le but des privilèges et hypothèques, qui font l'objet du présent titre.

1 *bis*. Le titre des hypothèques, placé après tous ceux qui traitent des contrats, en contient pour ainsi dire la sanction. Il traite des principales sûretés qui garantissent l'exécution des obligations. Il commence par des généralités, dans lesquelles il établit quels sont les droits des créanciers en général sur les biens des débiteurs, et qui servent de transition pour arriver au privilège et à l'hypothèque.

CHAPITRE I.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

2. Avant d'entrer dans aucun détail, il faut d'abord reconnaître un principe sans lequel le lien de droit qui constitue

l'obligation serait vain et illusoire dans le for extérieur. Ce principe, c'est qu'indépendamment de toute affectation spéciale, les biens d'une personne doivent répondre de ses dettes. La règle, du reste, s'applique naturellement à tous les biens présents et à venir. V. art. 2092; v. pourtant art. 2206 et 2207, 2209, 2212, C. Pr., art. 580, 581, 582, 592, 593; v. aussi L. 8. niv. an VI, art. 4.

3. Ainsi les biens du débiteur, tant qu'ils continuent à lui appartenir, sont, pour les créanciers, une sorte de gage improprement dit, que ceux-ci peuvent, en se conformant aux règles tracées par le Code de procédure, faire saisir et vendre à l'effet d'être payés sur le prix. Mais chacun d'eux ayant à cet égard un droit égal, ce gage leur est commun, et le prix dès lors doit se distribuer entre tous par contribution, s'il n'y a pour quelques-uns cause légitime de préférence. V. art. 2093.

3 *bis*. I. Il faut lire ensemble les articles 2092 et 2093, qui présentent sous deux formes différentes la même idée touchant le droit des créanciers sur les biens de leurs débiteurs. Cette idée fondamentale peut se formuler ainsi : L'engagement de la personne entraîne l'engagement des biens. Elle est complétée par l'article 2093; qui ajoute cette autre idée : L'engagement des biens aux créanciers n'est pas l'apanage de tel ou tel créancier; il est commun et donne à tous des droits égaux.

Nous allons examiner successivement ces deux propositions.

3 *bis*. II. La première s'applique à tout débiteur, qu'il *se soit* engagé ou qu'il *soit* engagé, c'est-à-dire que son obligation dérive d'un fait qui lui est personnel, comme un contrat, ou d'un fait qui lui est étranger, comme il peut arriver dans certaines hypothèses d'engagement résultant de quasi-contrats (engagement du maître dont l'affaire a été gérée). L'article 2093, qui affecte aux créanciers les biens du *débiteur*, montre, par la généralité de cette expression, qu'il ne faut pas attribuer une puissance restrictive au pronom *se*, qui dans l'article 2092 précède les mots *est obligé*.

L'article 2093 nous met également en garde contre l'abus qu'on pourrait faire du mot *personnellement* employé par l'article 2092. Il est clair qu'il n'y a pas à distinguer entre les obligations contractées par le débiteur lui-même et celles qui le grèveraient en

qualité d'héritier. Toute obligation est personnelle, et si la loi a caractérisé ainsi les obligations dont elle parle, c'est qu'elle a voulu dès le principe faire une antithèse entre les véritables débiteurs, tenus personnellement, et les personnes qui sont tenues hypothécairement.

3 *bis*. III. Tous les biens du débiteur sont affectés au droit des créanciers, non pas seulement ceux qui appartiennent au débiteur lors de la naissance de l'obligation, mais ceux qui adviendront plus tard, car le créancier a pu compter sur cet accroissement du patrimoine.

A l'inverse, il est vrai, les biens aliénés cessent d'être affectés au droit des créanciers; dès qu'ils sortent du patrimoine du débiteur, les créanciers perdent leur droit; en contractant des dettes, le propriétaire ne s'est pas dépouillé du droit de transférer à des ayant cause une propriété stable, à moins que le créancier n'ait quelqu'un des droits spéciaux dont il va bientôt être question, ou que l'aliénation ne soit attaquable pour cause de fraude, en vertu de l'article 1167.

3 *bis*. IV. L'affectation aux créanciers consiste en ce que tout créancier peut faire vendre les biens du débiteur pour se payer sur le prix. Ce droit s'exerce en observant les formalités réglées au Code de procédure pour les saisies.

Certains biens toutefois sont exceptés; ils sont insaisissables et par conséquent ne sont pas atteints par les articles 2092 et 2093; ils ne font pas partie du gage des créanciers. (V. art. 1911, rente viagère constituée à titre gratuit avec stipulation spéciale; art. 581 et 592 C. Pr.; Loi du 8 nivôse an VI, art. 4, rentes sur l'État.)

3 *bis*. V. L'affectation des biens du débiteur aux créanciers est *commune* et *égale;* c'est pour insister sur cette idée que l'article 2093 répète ce qu'avait déjà dit l'article 2092. En effet, lorsque l'article 2093 parle du gage, il ne fait que redire ce que contenait l'article précédent : dire que les biens sont le gage ou que le débiteur est tenu sur ses biens, c'est dire la même chose sous deux formes.

Il faut remarquer que le droit de gage est *imparfait,* car le gage proprement dit suppose que le créancier possède l'objet engagé, et de plus il engendre en faveur de ce créancier un droit de préférence. Le gage dont parle l'article 2093 n'a pas un caractère exclusif; il est commun à tous les créanciers, par conséquent il ne peut conférer à aucun d'eux un droit supérieur à celui des autres.

L'affectation est égale; dès lors, quand les biens sont convertis en argent, tous les créanciers doivent être traités également.

C'est l'égalité proportionnelle qui doit être maintenue entre eux; le prix des biens du débiteur doit être partagé entre les créanciers dans la proportion du chiffre de leurs créances, au marc le franc. Cette distribution porte le nom de contribution, parce qu'elle a pour résultat de faire participer chacun à la perte commune.

3 *bis*. VI. Voilà la règle; mais il peut exister entre les créanciers des causes légitimes de préférence. Ces causes doivent être appuyées sur la loi, et dans le doute il faut les considérer comme n'existant pas, puisqu'elles ont un caractère exceptionnel, contraire à la règle de l'égalité entre tous les créanciers d'un même débiteur.

4. Les causes légitimes de préférence sont les privilèges et les hypothèques, dont la nature et les effets vont être expliqués en détail. V. art. 2094.

5. Remarquons, au reste, que ces deux causes de préférence, seules mentionnées ici, sont en effet les seules qui autorisent un créancier à se faire payer par préférence sur le prix d'un bien appartenant au débiteur commun. Mais on en conclurait à tort qu'il n'existe pas en droit d'autre affectation spéciale d'un bien du débiteur au paiement d'une dette. Cette affectation résulte de l'antichrèse qui, selon nous, confère au créancier, sauf le respect des droits acquis, la faculté de retenir, envers et contre tous, l'immeuble dont il est nanti, jusqu'à parfait paiement. Ce n'est pas d'ailleurs l'unique cas où la loi accorde le droit de rétention (v. art. 857, 1673, 1948). Ce droit de rétention, moins avantageux qu'un privilège, en ce qu'il n'attribuerait aucune préférence sur le prix du bien vendu, a, d'un autre côté, sur le privilège, l'avantage de mettre obstacle à la vente, et par conséquent à l'exercice des droits de tous autres créanciers, jusqu'à satisfaction de celui qui en jouit, lequel sous ce rapport est préféré même aux privilégiés.

5 *bis*. I. Les privilèges et les hypothèques ne sont pas les seules causes de préférence. Le nantissement peut avoir le même caractère. Nous ne parlons pas du nantissement mobilier, qui s'appelle

le gage, et qui donne un privilège (art. 2102). Mais nous songeons au nantissement immobilier, à l'antichrèse (art. 2085).

Le créancier antichrésiste n'a ni privilège ni hypothèque : l'article 2091 l'oppose même aux créanciers privilégiés et hypothécaires; il a cependant une cause légitime de préférence, en ce sens qu'il peut retenir l'immeuble jusqu'à parfait paiement, sans tenir compte des aliénations ou droits réels consentis par le débiteur.

On a cependant contesté cette doctrine, on a voulu voir dans l'antichrèse un contrat ne produisant que des rapports personnels entre les parties et n'ayant pas d'effet à l'égard des tiers. S'il en était ainsi, l'antichrèse ne serait pas une garantie réelle, un nantissement; le débiteur pourrait la détruire par l'aliénation.

Quand l'article 2091 réserve les droits des tiers, il statue sur les droits antérieurs à la constitution de l'antichrèse.

La législation postérieure au Code a reconnu le caractère que nous attribuons à l'antichrèse. L'article 446 du Code de commerce annule, par rapport aux créanciers, les antichrèses constituées par le failli, dans le cas où il annule les hypothèques; donc il reconnaît que si ces antichrèses étaient valables, elles seraient opposables à ces créanciers. Enfin la loi du 23 mars 1855, art. 2, n° 1, soumet la constitution d'antichrèse à la transcription, ce qui serait absolument inutile si ce droit n'intéressait pas les tiers.

5 *bis*. II. Le contrat d'antichrèse nous montre, en un cas particulier, le droit de rétention considéré comme cause légitime de préférence. Il faut généraliser et ranger tous les droits de rétention dans les causes légitimes de préférence, sauf à nous fixer sur les cas où existent ces droits.

Le droit de rétention est le droit de garder une chose appartenant au débiteur jusqu'au remboursement de ce qui est dû. Ceux qui ont ce droit sont préférés aux autres créanciers; car ceux-ci ne peuvent pas avoir plus de droits que le débiteur, et le débiteur ne pouvait reprendre la possession qu'après avoir payé. Là se borne au reste le droit de préférence; il ne s'exercerait pas sur le prix si la chose était vendue, et par là il diffère du droit d'hypothèque ou de privilège; mais la chose ne peut être vendue que sous la réserve du droit de possession du créancier qui a la rétention.

5 *bis*. III. Le Code a consacré dans un certain nombre d'articles le droit de rétention. Il l'accorde à l'héritier qui rapporte en nature

un immeuble sur lequel il a fait des impenses ou améliorations (art. 867); à l'acheteur à réméré, pour assurer les diverses restitutions auxquelles est subordonnée la faculté de rachat (art. 1673). On retrouve ce droit concédé par l'article 1749 au fermier ou locataire expulsé par un acquéreur de l'immeuble, dans les cas prévus par l'article 1744. Enfin l'article 1948 autorise le dépositaire à retenir la chose déposée jusqu'à l'entier paiement de ce qui lui est dû à raison du dépôt.

5 *bis*. IV. Ces hypothèses ne sont pas les seules. Il en est d'autres où le droit de rétention paraîtrait fondé sur les mêmes raisons que dans les cas spécialement reglés par la loi. Ce sont les cas où le détenteur de la chose d'autrui est devenu créancier à raison de cette chose.

Il s'agira, par exemple, du commodataire qui a fait des dépenses pour la conservation de la chose (art. 1890), ou qui a éprouvé un préjudice à raison des vices de la chose (art. 1891);

Du mandataire ou du gérant d'affaires qui a fait des avances pour l'affaire (art. 1999 et 1375);

De l'ouvrier qui, ayant travaillé un objet appartenant à autrui, est créancier du prix de son travail ou de sommes déboursées dans l'intérêt de ce travail.

5 *bis*. V. Dans ces hypothèses, il est difficile de refuser le droit de rétention, alors même qu'on s'appuierait sur l'interprétation stricte de l'article 2094, et qu'on rechercherait s'il existe en ces cas une cause de préférence consacrée par la loi. Il s'agit, en effet, de régler des situations résultant de contrats ou de quasi-contrats, et on ne les règle pas seulement par un argument d'analogie tiré des quelques articles que nous avons d'abord cités, on se rattache à la théorie de l'article 1184, qui établit que, si d'un contrat naissent deux obligations, l'inexécution de l'une autorise l'inexécution de l'autre. Le droit de rétention apparaît ainsi non plus comme une anomalie, un droit exceptionnel, mais au contraire comme la conséquence naturelle et nécessaire d'une règle qui domine toute la matière des contrats, et par conséquent des quasi-contrats.

5 *bis*. VI. Quand, au contraire, la rétention n'a pas son principe dans un contrat ou un quasi-contrat, on peut concevoir des doutes plus sérieux sur le droit du détenteur devenu créancier à l'occasion de la chose. Par exemple, quand il s'agit du possesseur de bonne ou de mauvaise foi, auquel l'article 555 accorde une cer-

taine indemnité pour les travaux faits sur la chose d'autrui, ou quand le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué veut répéter, jusqu'à concurrence de la plus-value, les dépenses et améliorations qu'il a faites sur le fonds (art. 2175).

On a objecté que, dans ces circonstances, le droit du détenteur n'ayant pas son point de départ dans un contrat, ni dans un fait assimilé à un contrat, l'article 1184 ne pouvait pas être invoqué, et qu'alors on créait sans droit une cause de préférence (1).

Nous pensons qu'on n'est pas contraint à adopter cette doctrine rigoureuse, car la loi, en établissant le droit à l'indemnité dans les cas sur lesquels nous raisonnons, a créé entre les parties une situation analogue à celle qui résulte d'un contrat synallagmatique, et puisqu'elle traduit elle-même la convention synallagmatique en ce sens que l'inexécution d'une partie autorise l'autre à ne pas exécuter, elle a dû sous-entendre la même règle quand elle créait une obligation corrélative à un droit. L'article 1184 contient une interprétation de volonté, et les règles sur l'interprétation ne sont-elles pas communes aux lois et aux conventions?

M. Demante a soutenu cette opinion sur l'article 555, où il présente l'acquittement de l'indemnité comme une condition de la revendication de la chose (2).

Nous généralisons donc la doctrine de l'article 1184, et nous pensons que tout droit qui a pour corrélatif une obligation ne peut être exercé sans que l'obligation soit exécutée. Cette formule conduit à la reconnaissance du droit de rétention dans tous les cas où le détenteur est devenu créancier à l'occasion de la chose.

CHAPITRE II.

DES PRIVILÈGES.

6. Le privilège est une cause de préférence qui ne résulte ni d'une convention particulière, ni de l'autorité du juge; la loi seule l'attache à la qualité de la créance, plus ou moins

(1) Aubry et Rau, t. II, p. 585, n° 5, édit. 1865.
(2) T. II, n° 392 *bis*. VII.

digne de faveur, suivant la cause qui la produit (v. pourtant art. 2073, 2102-2°). Le privilège, du reste, n'est à bien dire qu'un droit de gage ou d'hypothèque, mais un droit privilégié, en ce sens que, sans égard à l'antériorité du temps, il prime en général la simple hypothèque. V. art. 2095; v. pourtant art. 2106.

6 *bis*. I. Le chapitre II, intitulé *Des privilèges,* commence par une définition de ce droit; la définition de l'hypothèque est donnée plus loin. Il nous paraît cependant impossible de ne pas commencer par la notion de l'hypothèque, car ce droit et le privilège sont de la même nature; l'hypothèque est le genre, tandis que le privilège est l'espèce. Il faut parler du genre pour comprendre ce qu'est l'espèce.

6 *bis*. II. L'hypothèque est définie, par l'article 2114, un droit réel sur des immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation. En donnant à la formule un caractère plus général, nous dirons : C'est un droit réel sur un bien affecté à l'acquittement d'une obligation.

Comment un bien peut-il être affecté à l'acquittement d'une obligation autrement qu'aux termes des articles 2092 et 2093? C'est ce qui résulte de l'article 2094 : il peut être affecté par préférence à une créance déterminée.

L'hypothèque implique donc le droit d'être payé sur le bien avant tout autre créancier, avant la masse des créanciers.

Voilà l'essence du droit; mais ce n'est pas tout, la garantie résultant de l'hypothèque serait illusoire si le débiteur pouvait la détruire par des aliénations; or, un tel anéantissement du droit est toujours possible, quand ce droit consiste uniquement dans le droit d'être payé avant les autres créanciers. Dès que le bien a cessé d'appartenir au débiteur, les créanciers ont perdu leur droit de gage, car les créanciers de Pierre n'ont pas le droit de saisir les biens de Paul.

Le droit d'hypothèque est complété et sanctionné par le droit pour le créancier de poursuivre, de *suivre* le bien entre les mains de tout propriétaire, même étranger à la dette. Le droit survit par conséquent à l'aliénation.

L'hypothèque se compose donc de deux éléments : le droit de *préférence* et le droit de *suite,* et l'on peut substituer à la définition

un peu abstraite de l'article 2114 celle-ci : L'hypothèque est un droit de préférence et de suite sur un bien affecté à l'acquittement d'une obligation.

6 *bis*. III. Voilà la notion théorique de l'hypothèque. Nous la présentons indépendamment des dispositions un peu arbitraires du Code civil; mais nous devons faire immédiatement deux observations :

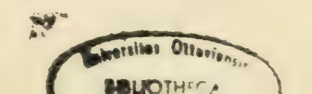
1° L'hypothèque proprement dite ne peut être constituée sur les meubles, non que la nature de ce droit y répugne : les Romains admettaient sans difficulté l'hypothèque des meubles. Mais le Code civil n'a probablement pas vu dans les meubles une valeur assez solide, assez stable, assez reconnaissable, pour devenir un instrument sérieux de crédit. (V. art. 2118 : Sont *seuls* susceptibles d'hypothèques, etc...) Néanmoins les privilèges sur les meubles sont de véritables hypothèques, comme nous l'allons bientôt démontrer.

2° Quand les meubles sont l'objet du droit de privilège dont la nature est la même que celle de l'hypothèque, ce droit est amoindri : il est diminué du droit de suite et réduit à l'état de droit de préférence (art. 2113). Mais il ne résulte pas de là que ce droit perde sa nature, car nous avons vu que le droit de suite est surtout la sanction ou le complément du droit de préférence qui constitue l'essence même de l'hypothèque.

6 *bis*. IV. Le privilège est aussi un droit de préférence et de suite sur un bien affecté à l'acquittement d'une obligation. C'est une variété de l'hypothèque. L'article 2095 reconnaît que le créancier privilégié a le droit d'être préféré à tous autres, et l'article 2166 permet au créancier ayant privilège sur un immeuble de le suivre en quelques mains qu'il passe. Les deux droits constitutifs de l'hypothèque appartiennent donc au créancier privilégié.

Il faut, au reste, pour qu'il en soit ainsi, que le bien, objet du droit, soit susceptible d'être soumis à un droit de suite ; par conséquent, le privilège sur les meubles n'est qu'un droit de préférence. Ce n'est pas une raison pour que nous n'y voyions pas une hypothèque ; c'est une hypothèque en tant qu'elle peut exister dans les principes du Code civil, sur un bien mobilier.

On voit des textes nombreux employant seulement l'expression *hypothèque*, alors que leur disposition a certainement en vue les



privilèges eux-mêmes. Ainsi l'article 873 dit que l'héritier est tenu, hypothécairement pour le tout, des dettes de la succession ; il n'est pas douteux que le créancier privilégié n'ait, comme le créancier hypothécaire, cette action pour le tout. Les articles 2167 et 2170 parlent d'héritage hypothéqué, et les articles 2172 et 2174 du délaissement par hypothèque, dans un chapitre qui traite, d'après sa rubrique, des effets des privilèges et des hypothèques, et qui ne contient aucune disposition spéciale sur les privilèges.

Au surplus, l'ancien droit qualifiait très exactement d'hypothèques privilégiées les droits que nous appelons privilèges, et l'article 2113 du Code civil porte les traces de cette expression et de cette idée, quand il dit que certains créanciers peuvent perdre leur rang de créanciers privilégiés sans cesser pour cela d'être hypothécaires.

6 *bis*. V. La nature des deux droits de privilège et d'hypothèque est donc la même ; il reste à faire la distinction entre ces deux variétés du même droit.

Si, dans l'article 2095, on s'attache à l'expression qui paraît saillante, on s'expose à une erreur. En effet, la différence entre l'hypothèque et le privilège ne consiste pas en ce que le privilège a pour cause la *qualité de la créance*. Il y a des hypothèques qui existent aussi à raison de la qualité de la créance ; ce sont les hypothèques légales. La différence est ailleurs ; elle tient à la manière de classer les créanciers entre eux, et dans l'article, c'est l'expression *même hypothécaires* qui indique cela. Le commencement de l'article n'a rien de spécial aux privilèges. Dire que la qualité de la créance donne au créancier le droit d'être préféré aux autres, c'est exprimer une proposition qui serait vraie des hypothèques légales ; mais ajouter : aux créanciers même hypothécaires, ce qui sous-entend *antérieurs en date*, sous peine de ne pas avoir de sens, c'est accentuer la véritable distinction entre le privilège et l'hypothèque, car l'hypothèque légale ne prime pas les créanciers hypothécaires antérieurs. (V. art. 2134 et 2135.)

En analysant ainsi l'article, nous lui donnons un sens exact. La qualité de la créance a l'importance que semble lui attribuer la place qu'elle occupe dans la phrase, car de cette qualité dépend non pas l'existence du droit, mais son rang.

Les privilèges sont donc des hypothèques dont le rang est déter-

miné par la qualité de la créance, et non par la considération d'une date. Pour les reconnaître, ce n'est pas à l'origine du droit qu'il faut s'attacher, mais au mode de classement. *Privilegia non ex tempore æstimantur, sed ex causa.* (L. 32, D., *De reb. auct. jud. possi.*)

Les hypothèques, au contraire, sont toujours placées d'après une considération de temps ; leur rang dépend toujours d'une question de date. La règle qui régit leur classement est la règle *prior tempore potior jure.* On ne considère pas toujours le même événement et l'époque où il s'est produit, pour fixer le rang de l'hypothèque ; c'est ordinairement la date de l'inscription qui assigne un rang à l'hypothèque, mais c'est aussi quelquefois la date de la naissance de la créance (2135). Dans toutes les hypothèques, il s'agit d'une question de date, et jamais la règle *prior tempore potior jure* n'est abandonnée.

6 *bis.* VI. Telle est la différence caractéristique entre l'hypothèque et le privilège. On peut bien en indiquer quelques autres, mais elles n'ont pas cette importance parce qu'elles ne peuvent pas servir à distinguer les deux droits dont nous faisons la comparaison.

Ainsi l'on fait remarquer que le privilège peut être assis sur des meubles ou sur des immeubles, tandis que l'hypothèque ne peut grever que des immeubles : c'est la constatation d'un fait, d'une règle arbitraire de notre législation ; mais cette remarque ne peut pas fournir le moyen général de reconnaître si un droit est une hypothèque ou un privilège. Quand un droit de préférence existera sur un immeuble, on ne saura pas si c'est un privilège ou une hypothèque, puisque ces deux droits peuvent exister sur un immeuble.

De même on dit : Les privilèges dérivent de la loi, et les hypothèques peuvent dériver de la loi, d'un jugement ou d'une convention. Cette observation nous montrera bien qu'un droit de préférence conventionnel ou judiciaire est une hypothèque ; mais quand il s'agira d'un droit résultant de la loi, comment découvrir s'il est un privilège ou une hypothèque ?

6 *bis.* VII. Il est cependant un privilège qui a son fondement dans la convention et qui n'est pas attaché par la loi à la qualité de la créance : c'est le privilège du gagiste.

7. La nature du privilège une fois connue, il est clair que ce n'est pas non plus l'ancienneté qui détermine l'ordre de préférence des privilégiés entre eux; c'est leur qualité qui règle le rang que la loi leur assigne (v. art. 2096). A égalité de rang, il y a concurrence. V. art. 2097.

7 *bis*. Nous avons comparé les privilèges aux hypothèques, la loi compare les privilèges aux privilèges dans les articles 2096 et 2097.

La maxime *Privilegia non ex tempore æstimantur, sed ex causa*, est aussi vraie entre privilèges que de privilège à hypothèque. Il doit donc exister un ordre légal entre les privilèges de diverses catégories, et il y a lieu au concours entre privilèges de la même catégorie.

8. Après cet exposé de principes, qui forme l'introduction obligée de la matière, le législateur fait le classement et l'énumération des divers privilèges (sect. 1, 2 et 3), et indique la manière de les conserver (sect. 4). Mais ne voulant point comprendre dans ce classement et cette énumération le privilège de l'État à raison des droits du trésor public, privilège qui appartient sous certain rapport au droit public, il s'en réfère à des lois particulières (1) pour en déterminer le rang et l'étendue. Toutefois, comme ce rang et cette étendue touchent à des intérêts privés qu'il appartient au droit civil de régler et de protéger, il convenait que le Code civil fixât la limite dans laquelle devraient se renfermer les lois particulières annoncées. C'est dans ce but qu'on proclame ici en principe que *le trésor royal ne peut obtenir de privilège au préjudice des droits antérieurement acquis à des tiers* (v. art. 2098). Du reste, il n'en faut pas conclure que le privilège du trésor, dans les cas où il y a lieu, ne doive pas en général, comme tout autre, primer les simples hypothèques.

(1) V. L. 5 septembre 1807, relative au mode de recouvrement des frais de justice en matière criminelle, correctionnelle et de police; autre loi du même jour, relative aux droits du trésor sur les biens des comptables, et avis du Conseil d'État, du 25 février 1808, qui déclare ses dispositions applicables au trésor de la couronne; L. 12 novembre 1808, relative au privilège du trésor pour le recouvrement des

L'application de ce principe se trouve particulièrement dans la loi qui établit le privilège du trésor sur les biens des comptables. Ainsi ce privilège, qui a lieu sur les biens meubles et immeubles, se borne aux immeubles acquis à titre onéreux par le comptable, postérieurement à sa nomination; sur les autres immeubles, le trésor n'a qu'une simple hypothèque. V. L. 5 septembre 1807, art. 4 et 6.

8 *bis*. L'application que fait la loi de 1807 du principe posé par l'article 2098 semble réduire dans tous les cas le droit du trésor à un simple droit d'hypothèque; car même sur les biens acquis à titre onéreux par le comptable postérieurement à sa nomination, le trésor, qui prime les créanciers du comptable, a un droit nécessairement antérieur en date à ceux de ces créanciers; il ne primerait certainement pas les créanciers des propriétaires précédents, auteurs du comptable. Il paraît donc que la loi aurait pu se contenter de donner au droit du trésor la qualification d'hypothèque, en lui attribuant un rang à la date de l'acquisition de l'immeuble par le comptable. Ce n'est là toutefois qu'une apparence : il est utile que ce droit soit un privilège, car de cette qualité il résulte que le trésor primera sans conteste les créanciers ayant, du chef du comptable, une hypothèque générale antérieure à l'acquisition du bien.

9. Les biens meubles, comme les immeubles, peuvent être sujets aux privilèges (v. art. 2099). Toutefois cette diverse nature des biens entraîne des différences notables dans les conditions et les effets des privilèges; aussi sert-elle de base à la division principale de la matière : cette division a trois branches, elle comprend : 1° les privilèges sur les meubles; 2° les privilèges sur les immeubles; 3° les privilèges qui s'étendent sur les meubles et sur les immeubles.

10. Une autre division des privilèges, qui se combine dans la loi avec la précédente, les distingue en généraux et particuliers. Cette division, qui est spécialement appliquée aux privilèges sur les meubles, est cependant commune aux privi-

contributions directes. V. aussi loi de l'enregistrement, 23 frim. an VII, art. 32, concernant l'action du trésor pour le recouvrement des droits de mutation par décès.

lèges sur les immeubles. Bien plus, il est à remarquer que les mêmes privilèges qui sont établis par le Code sur la généralité des biens d'une nature le sont également sur la généralité des biens de l'autre nature. Cependant la loi les classe d'abord parmi les privilèges sur les meubles; c'est qu'en effet ils sont destinés à être exercés sur les meubles, et ne s'appliquent aux immeubles que subsidiairement.

11. Avant de suivre la loi dans l'énumération qu'elle fait des privilèges, suivant le classement indiqué, il importe de se rendre raison des motifs généraux qui les ont fait établir. Avec un peu d'attention on reconnaîtra facilement qu'ils sont tous fondés, ou sur des motifs d'équité, ou sur des considérations d'humanité également incontestables. Ainsi ils proviennent : ou de ce qu'un créancier a fait l'affaire de tous ; ou de ce qu'il avait sur quelque bien du débiteur un droit antérieur, au préjudice duquel la masse ne doit point s'enrichir ; ou de ce que le créancier est nanti; ou enfin de ce que sa créance a pour objet le salaire de choses ou de services de première nécessité, dont la loi devait encourager la fourniture ou la prestation en garantissant le paiement d'une manière toute spéciale.

SECTION I.

Des privilèges sur les meubles.

12. La loi, comme on l'a dit, les divise en généraux et particuliers. V. art. 2100.

Dans un premier paragraphe, elle énumère les privilèges généraux, et trace l'ordre dans lequel ils s'exercent ; dans le deuxième, elle énumère les privilèges particuliers et détermine le rang de quelques-uns seulement de ces privilèges entre eux. Dans un troisième paragraphe, nous rechercherons l'ordre à établir, en cas de concours, soit entre les divers privilèges particuliers et les privilèges généraux, soit entre les

priviléges particuliers assis sur les mêmes biens, dans les cas que la loi n'a pas expressément réglés.

§ Ier.

Des priviléges généraux sur les meubles.

13. L'établissement des priviléges étant toujours déterminé par des motifs d'équité ou d'utilité générale, c'est l'application plus ou moins directe de ces motifs à tous les biens, ou seulement à quelques-uns des biens du débiteur, qui sert à expliquer la généralité ou la spécialité de chaque privilége. On sent d'après cela que ni la considération du droit antérieur, ni celle du nantissement, ne doivent donner lieu à privilége sur la généralité des biens; c'est donc uniquement à l'intérêt commun des créanciers, ou aux considérations, déjà signalées, d'humanité et d'ordre public, que se rattacheront tous les priviléges généraux.

La loi en reconnaît cinq classes; leur rang est fixé par l'ordre même de l'énumération; d'où il suit que les diverses créances comprises dans le même numéro sont au même rang et sont payées par concurrence. V. art. 2101, al. premier, et à ce sujet, art. 2096, 2097.

14. La première classe se compose des frais de justice, et par là il faut entendre les frais des opérations judiciaires tendant à conserver le gage commun, ou à procurer aux créanciers l'exercice de leurs droits. Ce privilége a donc sa base dans l'intérêt commun : on conçoit d'ailleurs son étendue sur la généralité des biens, puisque les opérations dont il s'agit peuvent embrasser cette généralité. Du reste, s'il en était autrement, il paraît raisonnable de n'appliquer le privilége qu'aux biens que ces opérations auraient eus effectivement pour objet. V. art. 2101-1°.

14 *bis*. I. Il ne faut pas voir dans le privilége pour frais de justice un avantage attribué sans raison aux officiers de justice, un *privilége* dans le mauvais sens du mot; le droit dont il est

question à l'article 2101-1° se justifie parfaitement dans la théorie générale des privilèges, et sa raison d'être en détermine les limites.

Il s'agit des frais faits pour la conservation et la liquidation du patrimoine du débiteur, comme les frais de scellés, d'inventaire, de saisie, de vente ; ils ont eu pour résultat de conserver le gage des créanciers, de le mettre sous la main de la justice et de le réaliser en argent. Ces frais ont donc profité à la masse des créanciers, il est juste qu'ils soient payés par préférence à cette masse.

14 *bis*. II. Des frais de justice peuvent cependant avoir été faits dans l'intérêt exclusif d'un des créanciers, comme les frais d'une demande de collocation dans une contribution. Ces frais n'ont pas profité à la masse, ils ne lui ont rien conservé, ils ont seulement conservé la créance de celui qui a demandé la collocation. Il est donc impossible de considérer ces frais comme privilégiés par rapport à la masse des créanciers de celui sur qui la contribution est ouverte. Mais il est clair qu'ils doivent primer la créance du créancier colloqué, parce que, sans la demande, la collocation n'aurait pas eu lieu.

Le Code de procédure montre une application de cette théorie en plaçant les frais de poursuite de contribution après la créance du bailleur à loyer (art. 662). Celui-ci, en effet, n'a pas profité de la poursuite de contribution, car, aux termes de l'article 661, le bailleur peut faire statuer préliminairement sur son privilège, sans attendre le règlement de la contribution.

Il ne faudrait pas toutefois s'y tromper, le privilège du bailleur peut être primé par certains frais de justice ; ceux qui lui ont profité en conservant au liquidant son gage, comme les frais de saisie et de vente, car le bailleur n'aurait pas touché le montant de ses loyers si les meubles n'avaient été convertis en argent (1).

14 *bis*. III. Entre les divers créanciers pour frais de justice, il faut quelquefois observer un certain ordre, en tenant compte des considérations sur lesquelles est fondé le privilège accordé à ce genre de créances. Ceux des créanciers qui ont travaillé non-seulement pour la masse des créanciers ordinaires, mais en même temps pour ceux qui sont privilégiés comme créanciers de frais de justice,

(1) MM. Colmet Daâge et Glasson, *Procédure civile*, t. II, p. 231, édit. 1885.

ne doivent pas venir concurremment avec ces derniers ; ils doivent leur être préférés, puisqu'ils ont fait leur affaire. L'article 657 C. Pr. consacre cette idée, en autorisant l'officier qui a fait la vente à déduire ses frais sur le montant de cette vente, ce qui le soustrait aux chances de la contribution. Il était en effet absolument nécessaire que les meubles fussent convertis en argent, et l'officier, dont le ministère était indispensable pour que cette vente eût lieu, a fait des frais dans l'intérêt de tous, même de ceux qui avaient eux-mêmes fait ou avancé des frais de justice, par exemple des frais de scellés ou d'inventaire.

14 *bis*. IV. Une dernière observation est nécessaire quant au privilège des frais de justice. Il est général, c'est-à-dire qu'il peut être général, mais il pourrait ne pas s'étendre sur tous les biens du débiteur. Nous l'expliquons, en effet, en alléguant que le créancier a fait des frais qui ont profité à la masse en conservant le patrimoine ; cette raison indique la limitation que doit subir le privilège. Si les frais n'ont conservé ou liquidé qu'un bien determiné, le créancier ne saurait être privilégié sur les autres. Nous songeons à la créance de l'officier qui a procédé à la saisie et à la vente de certains meubles, ou qui aurait représenté le débiteur dans une instance en revendication d'un meuble.

15. Les privilèges des quatre autres classes ont tous pour principe la nécessité d'encourager certains services ou certaines fournitures.

16. Dans la seconde sont placés les frais funéraires. V. art. 2101-2°.

16 *bis*. I. Quand l'article déclare privilégiés les *frais funéraires*, il emploie une expression laconique et insuffisante, car il laisse obscure la détermination exacte de la nature des frais protégés par le privilège, et obscure aussi la détermination des personnes à l'occasion desquelles doivent avoir été faites les dépenses, pour qu'elles soient privilégiées par rapport à la masse des créanciers de tel ou tel débiteur.

16 *bis*. II. Le premier point à examiner est celui-ci : Que faut-il entendre par frais funéraires ? S'agit-il simplement des frais d'ensevelissement et de sépulture strictement nécessaires au point de vue de la salubrité publique ? Entendre ainsi la loi, ce serait réduire à bien peu de chose sa disposition, et d'une règle qui s'inspire de

considérations d'un ordre élevé, faire une simple règle de police sanitaire et municipale. Heureusement les termes mêmes de la loi permettent et commandent une autre interprétation. Le mot *funéraire*, dérivé du mot *funérailles* et du latin *funus*, implique l'idée non pas seulement d'une inhumation, d'un enfouissement, mais d'une cérémonie, d'honneurs rendus à la dépouille mortelle d'une personne décédée, au corps qui a été la demeure d'une âme immortelle. Ces honneurs, ces témoignages de respect (*obsequia*, les *obsèques*) sont accompagnés, chez presque tous les peuples, et chez les nations chrétiennes principalement, de cérémonies religieuses qui associent au deuil et aux regrets des prières pour le défunt et des espérances pour la vie future. La cérémonie, le service religieux entraînent des frais, et nous devons dire que ces frais sont privilégiés comme ceux de sépulture proprement dite. Une limitation toutefois doit être admise dans l'étendue du privilège : les différentes dépenses dont nous parlons ne seront privilégiées qu'autant qu'elles auront été en rapport avec la situation du défunt et sa fortune (1).

16 *bis*. III. Si nous cherchons maintenant à déterminer l'étendue du privilège quant aux personnes, nous devons immédiatement constater qu'il garantit les frais faits pour les funérailles du débiteur lui-même, qu'il attribue une préférence aux créanciers pour frais funéraires sur les autres créanciers du décédé.

Mais est-ce là tout? Une personne peut être débitrice des frais funéraires faits pour une autre personne décédée. La créance sera-t-elle privilégiée sur les biens de ce débiteur, qui n'est pas le défunt? Nous répondrons tantôt oui et tantôt non. Il est, en effet, impossible d'admettre que quiconque aura pris des engagements pour les funérailles d'une personne quelconque, d'un étranger, d'un inconnu, aura ainsi créé un privilège au détriment de ses créanciers. On attribuerait par là aux créanciers pour frais funéraires un privilège personnel que la loi n'accorde même pas à ceux qui vendent des subsistances, c'est-à-dire qui font des fournitures nécessaires à la vie.

D'un autre côté, lorsqu'une personne aura rendu les derniers devoirs à une personne proche, à un père, à un époux, à un enfant, refuser le privilège sur les biens du débiteur, parce qu'il

(1) V. C. Paris, 9 février 1887, Sirey, 1887, 2, 40.

s'agissait des funérailles d'autrui, ce serait manquer le but pieux que la loi s'est proposé d'atteindre. N'est-il pas clair que c'est aux vivants de s'occuper des morts ; que le fils, l'époux, le père a un devoir à remplir par rapport au décédé ; que ce décédé n'a peut-être pas de patrimoine, s'il est, par exemple, un mineur ayant encore ses père et mère, et que refuser au parent vivant le moyen de crédit que lui fournit l'article 2101, ce sera bien souvent priver le décédé de funérailles convenables? Voilà pourquoi il faut profiter du vague de l'article pour admettre le privilège quand le débiteur a dû prendre à sa charge les frais funéraires de la personne décédée.

17. La troisième classe s'applique aux frais de maladie et comprend concurremment les frais *quelconques*, mais seulement ceux de la dernière maladie. V. art. 2101-3°.

17 *bis*. I. Nous entendons par frais de la *dernière maladie* ceux de la plus récente des maladies qu'a eues le débiteur, c'est-à-dire de la maladie qui a précédé l'événement donnant lieu à la distribution du prix des biens entre les créanciers.

Ce sera la maladie dont le débiteur est mort, si c'est sa mort qui amène la distribution du prix de ses biens. S'il n'est pas mort, ce sera la maladie qui a précédé sa faillite ou sa déconfiture. Nous traduisons les mots : *dernière maladie,* comme nous traduirions les mots : *dernier voyage* ou *dernier procès,* si nous les rencontrions dans la loi ; ce serait celui qui aurait précédé immédiatement un événement quelconque, peut-être tout autre qu'un décès.

On trouve cependant dans l'ancien droit une tendance contraire, et l'on voit dans la loi de brumaire an VII un rapprochement inquiétant pour le malade, entre la maladie et les funérailles. Mais le Code a séparé ces deux idées : il ne les exprime plus par une seule et même phrase, sous un seul numéro. Il a même changé quelque peu l'expression ; car, au lieu de *les frais* DE *dernière maladie,* il a écrit : *les frais* DE LA *dernière maladie,* formule qui se prête mieux que la précédente à notre traduction.

Quand on cherche une raison de décider en dehors des textes, on trouve que les créanciers qui ont soigné le malade, ou fourni ce qui était nécessaire pour le soigner, ne doivent pas être moins protégés par la loi quand leurs soins ont eu un résultat heureux que quand ces soins ont abouti à une issue fatale.

On dit, il est vrai, que quand le malade a guéri, il a contracté une dette de reconnaissance qui rend inutile l'intervention de la loi en faveur du créancier. On oublie que la reconnaissance du malade n'est pas suffisante pour acquitter des dettes d'argent : on ne songe pas que notre question n'a d'intérêt qu'autant que le débiteur est devenu insolvable ; or, quand cet événement se produit, les créanciers du malade guéri se partageant son actif, la créance pour frais de maladie, si elle n'est pas privilégiée, ne sera pas acquittée, quelque vive que soit la reconnaissance du débiteur.

La loi a donc bien fait de ne pas nous contraindre à limiter le privilège au cas où le débiteur est mort de la maladie pour laquelle les frais ont été faits. Seulement, afin de ne pas multiplier les créances privilégiées, elle ne garantit ainsi que la maladie la plus récente. Il faudra, en outre, tenir compte des règles sur la prescription (article 2271, 2272), qui rendront moins dangereuse, pour la masse des créanciers, la doctrine que nous venons de soutenir.

17 *bis*. II. Nous avons toujours supposé qu'il s'agissait d'une maladie du débiteur. Il faut cependant donner au privilège l'extension que nous avons donnée à celui des frais funéraires ; les raisons sont les mêmes. Chaque personne a des devoirs à remplir envers des parents proches ; il est absolument nécessaire que ces parents soient soignés dans leurs maladies, et pour cela il faut que la disposition de l'article 2101, qui est destinée à procurer du crédit, ne soit pas seulement utile quand il s'agit des maladies de celui qui appelle un médecin ou achète des médicaments. Nous voyons le § 5 de l'article donner un privilège pour les fournisseurs de *subsistances* faites au débiteur et à sa famille. Cette disposition est fondée sur ce que le débiteur doit nourrir sa famille ; il lui doit également des soins dans la maladie, d'où il faut conclure que le privilège de l'article 2101-3° garantira les créances nées à l'occasion des maladies des membres de la famille du débiteur.

17 *bis*. III. Cette décision ne présente pas un grand inconvénient au point de vue de la masse des créanciers, parce que le privilège pour les maladies des membres de la famille du débiteur sera toujours soumis à la restriction posée par l'article ; la dernière maladie seule est privilégiée, et nous ne voulons pas dire par là qu'il y aura privilège pour la dernière maladie de chaque membre de la famille, ce qui pourrait nous entraîner un peu loin, mais seulement que le

privilège garantira les frais de la dernière maladie qui aura lieu dans la famille, soit qu'elle ait atteint le débiteur lui-même, soit qu'elle ait atteint toute autre personne faisant partie de celles auxquelles il doit des soins.

18. Dans la quatrième classe viennent les salaires des *gens de service*, dénomination qui ne paraît pas devoir comprendre tous gens de travail, mais seulement les domestiques qui se consacrent au service de la personne. La loi même semblerait n'avoir en vue que ceux qui se louent à l'année, puisque c'est par année qu'elle compte la somme privilégiée de leurs gages. A cet égard, sa disposition, en parfaite harmonie avec ce qui est établi plus loin sur la prescription (art. 2272, al. pénult.), borne le privilège à l'année échue et à l'année courante. V. art. 2101-4°.

18 *bis*. I. La loi du 11 brumaire an VII, article 11, établissait un privilège pour les gages des domestiques, et le Code a substitué à cette expression une dénomination qui paraît plus compréhensive. En effet, le mot *domestique*, dans nos usages modernes surtout, désigne particulièrement les personnes attachées au service de la maison, c'est-à-dire de la personne et du ménage. Au contraire, le terme *gens de service*, qui se rapproche de la qualification que l'article 1779-1° donne à ceux qui travaillent pour autrui, nous paraît devoir comprendre toutes les personnes qui, engageant leurs services, se placent sous l'autorité de celle pour qui elles travaillent; nous accordons donc le privilège non seulement aux serviteurs proprement dits, mais aux secrétaires, aux clercs, aux commis, et aussi aux gens attachés à une exploitation rurale.

Nous ne parlons pas des ouvriers et commis employés par les commerçants, parce que leur sort est réglé par l'article 549 du Code de commerce. Mais nous ferons remarquer que la décision contenue dans cet article, nécessaire surtout parce qu'on voulait, en matière de faillite, restreindre l'étendue du privilège quant à la durée des services qui pouvaient y donner lieu, montre cependant la tendance générale de la législation française à ne pas réduire le privilège qui nous occupe à un droit protecteur de ceux qui servent la personne et le ménage.

Aussi bien, le privilège des ouvriers et des commis se justifie encore mieux que celui des domestiques proprement dits : ceux-ci n'ont rendu service qu'au débiteur, quelquefois même ils ont été pour lui, si l'on peut parler ainsi, des objets de luxe et de vanité; ceux-là, au contraire, ont travaillé, ont produit : ils ont augmenté par leur travail le patrimoine du débiteur, qui est le gage des créanciers. La raison d'être du privilège est évidente.

Cette même raison justifie et confirme le privilège que nous concédons aux secrétaires, clercs et commis des personnes non commerçantes. Ils ont aussi rendu des services pécuniairement utiles, ils ont augmenté le gage commun, et ce n'est pas une raison pour les moins bien traiter que les domestiques, qui, bien souvent, auront été des consommateurs et non des producteurs. Dira-t-on que les domestiques proprement dits sont ordinairement plus pauvres, et que par là ils méritent davantage l'intérêt du législateur? Nous répondrons que rien n'est moins certain, et qu'il est bien difficile de dire *à priori* si tel domestique est plus pauvre que tel employé. Ce n'est du reste pas la question : l'article 2101, quand il établit des privilèges que l'on présente comme ayant pour cause des considérations d'humanité, n'envisage pas la question d'humanité du côté du créancier, mais du côté du débiteur. Il accorde le privilège au médecin, au boulanger, au marchand de bois, souvent bien plus riches que leur débiteur : c'est que le privilège n'est pas une faveur personnelle pour le créancier, il est créé dans l'intérêt du débiteur à qui il procure du crédit. Et il est également utile, au point de vue social, de procurer au débiteur le moyen de trouver soit des personnes qui l'assistent dans son travail, soit des serviteurs qui l'aident dans les opérations familières de la vie quotidienne.

18 *bis*. II. Il faut cependant remarquer que le législateur, en accordant le privilège aux gens de service, a indiqué par son expression même que le lien entre celui qui fait travailler et celui qui travaille doit, par sa continuité et sa durée, constituer une certaine dépendance de l'un par rapport à l'autre. Ceux qui travailleraient accidentellement chez une personne ne sont point à son service, et par conséquent ceux qui travaillent à la journée sont dans cette catégorie, alors même qu'ils auraient travaillé pendant longtemps, parce que le mode de leur engagement exclut l'idée d'une durée nécessaire, et partant d'une subordination.

En dehors de ceux dont nous venons de parler, tous les autres jouiront du privilège, qu'ils aient travaillé à l'année ou au mois. M. DEMANTE dit, il est vrai, que la loi a eu seulement en vue ceux qui se louent à l'année, parce que c'est par année qu'elle compte la fraction privilégiée de leurs gages; mais ce raisonnement n'est pas convaincant, car nous verrons à l'article 2102-1° que le privilège du bailleur à loyer est aussi déterminé par année, sans qu'il soit venu à l'idée de personne de restreindre ce privilège aux locations par année, à l'exclusion des locations par termes plus courts. Nous devons de même faire observer qu'il n'y a pas à se prévaloir des règles sur la prescription, qui distinguent entre les locations de services à l'année et les autres, réservant la prescription d'un an pour les locations à l'année, car nous verrons que la prescription pour les loyers d'immeubles est de cinq ans, tandis que le privilège peut garantir quelquefois plus de cinq années et quelquefois moins (art. 2102-1°).

18 *bis*. III. Toutes les créances des gens de service ne sont pas indéfiniment privilégiées : la loi n'accorde le privilège que pour l'année échue et pour l'année courante. Elle craint d'augmenter outre mesure, au détriment de la masse, les créances privilégiées.

Cette disposition paraît d'abord inconciliable avec celle qui fixe à un an la durée maximum de la prescription, puisqu'il semble impossible qu'il soit dû plus d'une année; l'impossibilité n'est qu'apparente, car la prescription peut avoir été interrompue, et de plus, la créance étant à terme, l'année de prescription ne peut courir que de l'échéance du terme, c'est-à-dire de la fin de l'année que nous appelons l'année échue.

18 *bis*. IV. Il reste à dire ce qu'il faut entendre par l'année échue et l'année courante. L'année échue est certainement celle qui précède l'année courante; mais à quelle époque se place-t-on pour trouver l'année courante? Il est impossible d'admettre que, pour chaque créancier, l'année courante est celle où il a cessé ses services, car on arriverait ainsi à une multiplication dangereuse du nombre des privilégiés. Chacun des gens de service pourrait, depuis longues années, avoir cessé ses services vers la fin de la deuxième année, il aurait été remplacé par un autre qui aurait servi aussi longtemps, et pourvu qu'ils eussent eu tous le soin de ne pas laisser prescrire leurs créances, ils se présenteraient nombreux à la distribution des deniers.

Nous avons dit, à propos du médecin, que la dernière maladie n'était pas envisagée par rapport à lui, mais par rapport au malade; de même l'année de service ne doit pas être considérée par rapport au serviteur, mais par rapport au débiteur.

L'événement au moment duquel on envisage quels sont les services courants, c'est l'événement qui a amené la distribution des deniers : c'est l'année où se produit cet événement qui est l'année courante. Tel est le point de départ indiqué par l'article 549 du Code de commerce, c'est la faillite; nous dirons de même qu'en dehors du cas prévu par cet article, cet événement, c'est la mort ou la déconfiture du débiteur.

18 *bis*. V. L'année courante et l'année échue auraient donc le même point de départ pour tous les gens de service; cependant le calcul ne se fera pas identiquement de même pour tous. Le Code civil ne s'exprime pas absolument comme le Code de commerce; il parle de l'année échue; l'idée d'échéance implique une idée d'exigibilité de la créance, et tous les serviteurs n'ont pas une créance exigible à la même époque; ils ne sont probablement pas entrés tous au service en même temps, et pour chacun d'eux l'exigibilité arrive à l'anniversaire de son entrée en service. Supposons le décès du débiteur survenu le 15 janvier, l'année courante pour tous est celle dans laquelle se place ce jour. Mais si deux serviteurs ont commencé leur service, il y a déjà plusieurs années, l'un le 1er mars, l'autre le 1er décembre, l'année échue pour le premier a expiré au 1er mars, et l'année présente a couru de mars au 15 janvier; pour l'autre, au contraire, l'année est échue le 1er décembre, et l'année courante ne se compose que de six semaines, du 1er décembre au 15 janvier.

19. En cinquième et dernier lieu sont placées les fournitures de *subsistances*. A cet égard la faveur s'applique également et aux fournitures faites au débiteur lui-même et à celles qui sont faites à sa *famille*. Elle est commune aux fournitures en gros et aux fournitures en détail. Bien entendu que, pour les unes comme pour les autres, elle est bornée à un certain espace de temps; mais parce qu'on est dans l'habitude de compter plus fréquemment avec les fournisseurs en détail qu'avec les fournisseurs en gros, le temps est plus long pour

ces derniers que pour les autres. Ainsi le privilège des marchands en détail se borne aux six derniers mois; celui des maîtres de pension et des marchands en gros s'étend à la dernière année tout entière. V. art. 2101-5°.

19 *bis*. I. Les fournitures de subsistances ne sont pas seulement celles qui ont pour objet des choses destinées à la nourriture. On doit considérer comme privilégiées les créances résultant de la fourniture des choses nécessaires à l'existence physique de l'homme : la nourriture d'abord, le chauffage, l'éclairage, nous ajouterons même le vêtement, quoique cela soit contesté. On comprend bien le vêtement dans les aliments, quand il s'agit de l'obligation imposée à certaines personnes de fournir des aliments à certaines autres; on peut aussi le comprendre dans les subsistances, car ce dernier mot est moins détourné de son sens que le mot *aliment*, quand on le considère comme embrassant le vêtement. En regardant les choses strictement, au sens littéral des mots, le vêtement ne sert pas à l'alimentation, mais il est absolument nécessaire à l'homme pour subsister, c'est-à-dire pour vivre.

19 *bis*. II. Il ne s'agit pas uniquement des fournitures faites pour la subsistance personnelle du débiteur, mais pour celle des personnes qui, vivant avec lui, sont à sa charge et constituent sa famille ou mieux sa maison. Ce ne sont pas seulement des parents, mais aussi des gens de service.

19 *bis*. III. L'étendue du privilège, quant au temps pendant lequel ont été faites les fournitures, dépend de la distinction entre les fournitures en gros et les fournitures en détail. Celles-ci se payent d'ordinaire à des époques plus rapprochées de la livraison, celles-là à des époques plus éloignées; les premières ne sont privilégiées que pour les six derniers mois, les autres pour la dernière année.

Il est clair que ces expressions : *les six derniers mois, la dernière année,* doivent être entendues comme les expressions analogues que nous avons déjà rencontrées; elles désignent les six mois de l'année qui a précédé l'événement donnant lieu à la distribution des deniers, c'est-à-dire la mort du débiteur, sa faillite ou sa déconfiture.

19 *bis*. IV. Nous avons reproduit la distinction de l'article en la dénaturant un peu. Nous nous attachons en effet à la nature

des fournitures, et non à la qualité du marchand, quand il s'agit de faire une différence entre le gros et le détail. La distinction que paraît faire la loi, en prenant pour point de départ la qualité du marchand lui-même, est impossible à admettre, car les mêmes marchands vendent bien souvent aux uns en gros et aux autres en détail. On ne saurait dans quelle catégorie ranger ceux-là. Il faut donc considérer l'importance des fournitures pour distinguer celles qui sont faites en gros et celles qui sont faites en détail. Cela ne sera pas toujours facile, car il y a bien des degrés dans l'importance des fournitures ; l'appréciation sera nécessairement arbitraire, car on ne peut pas donner d'une manière abstraite une formule précise et satisfaisante ; ce que nous pouvons dire de plus précis, c'est que les tribunaux doivent tenir compte des habitudes locales, et principalement des usages du commerce en ce qui touche la distinction entre les ventes en gros et en détail.

19 *bis*. V. Nous irons plus loin encore, nous accorderons le privilège aux fournisseurs de subsistances, alors même qu'ils ne seront pas marchands : ce n'est pas nous éloigner du texte ; car si l'article parle des marchands, c'est dans une partie incidente, et non pas dans celle qui contient, *principaliter*, la disposition de la loi. Ce qui est privilégié, ce sont les fournitures de subsistances : voilà la disposition principale ; elle s'exprime *in rem*, elle n'a rien de personnel par rapport à la qualité du fournisseur. Il n'est question des marchands que dans la disposition secondaire, celle qui détermine pour combien de temps les fournisseurs sont privilégiés ; mais dans cette partie même, on s'accorde généralement à admettre qu'il ne faut pas prendre l'article à la lettre, et que la distinction proposée doit se faire entre les fournitures et non entre les fournisseurs. Si donc on abandonne le mot *marchand* dans le membre de phrase où il est écrit, ce n'est pas pour l'intercaler dans le membre de phrase précédent, où il n'est pas. Débarrassé du texte, ne songerons-nous pas qu'un propriétaire qui vend les denrées de son fonds, son vin par exemple, et qui n'est pas commerçant (art. 638 C. comm.), mérite tout autant le privilège que le marchand de vin ? Il ne s'agit pas dans l'article 2101 de favoriser telle ou telle profession, il faut procurer du crédit au débiteur en donnant des garanties aux créanciers ; or le consommateur peut avoir autant et plus d'intérêt à traiter directement avec le propriétaire producteur qu'avec un marchand.

19 *bis*. VI. L'observation que nous venons de faire sur la rédaction de l'article nous conduit à décider que les maîtres de pension ne sont pas privilégiés en cette qualité, que le privilège est attribué aux fournitures de subsistances faites par eux, et que par conséquent le prix intégral de la pension ne serait pas garanti; il faudrait déterminer quelle est la partie qui, dans ce prix, représente les fournitures de subsistances. On dit bien que l'homme a besoin d'être élevé et instruit, comme il a besoin de se nourrir, qu'il s'agit de la subsistance intellectuelle et morale; mais ce raisonnement mènerait trop loin, car il faudrait, s'il était vrai, accorder le privilège au professeur donnant des leçons, aussi bien qu'au maître de pension, et l'on sortirait alors complètement du texte de l'article 2101.

20. Aux privilèges généraux sur les meubles, il faut ajouter ceux du trésor public :

1° Pour le recouvrement des contributions directes autres que la foncière, ce privilège ne s'exerce qu'après tous les autres. V. L. 12 nov. 1808, art. 1-2°.

2° Pour le remboursement des frais dont la condamnation est prononcée au profit du trésor en matière criminelle, correctionnelle et de police, ce privilège ne s'exerce qu'après tous ceux qui sont énumérés aux articles 2101 et 2102, et même après le paiement des sommes dues pour la défense personnelle du condamné. V. L. 5 sept. 1807, art. 1 et 2.

3° Le trésor est encore privilégié sur tous les biens meubles des comptables : ce privilège, comme le précédent, ne passe qu'après tous les autres. V. L. 5 septembre 1807, art. 2.

§ II.

Des privilèges sur certains meubles.

21. Le Code en énumère sept principaux :

1° Celui du locateur;

2° Celui du créancier gagiste ;

3° Celui des frais faits pour la conservation de la chose ;

4° Celui du vendeur ;

5° Celui de l'aubergiste ;

6° Celui du voiturier ;

7° Enfin, le privilège sur le cautionnement des fonctionnaires publics. V. art. 2102.

Il est facile, au surplus, de faire à chacun de ces privilèges l'application d'un ou de plusieurs des motifs généraux ci-dessus indiqués.

21 *bis*. Les motifs à raison desquels la loi a créé les divers privilèges sont énumérés au n° 11. Il est facile de rattacher à l'un de ces motifs chacun des privilèges consacrés par l'article 2102. Nous y reviendrons du reste nécessairement, en traitant de chacun de ces privilèges en particulier, et surtout quand nous nous efforcerons de déterminer le rang de chacun d'eux par rapport aux autres.

Plusieurs de ces privilèges reposent sur l'idée de gage; ce sont ceux : 1° du gagiste, 2° du locateur, 3° de l'aubergiste, 4° celui qui frappe les cautionnements des fonctionnaires ou officiers publics, 5° celui du voiturier; quant à celui-ci, la base du privilège pourra cependant être contestée.

D'autres créances sont privilégiées, parce qu'elles ont pour cause une dépense faite par le créancier, pour l'augmentation ou la conservation du patrimoine du débiteur, c'est-à-dire du gage des créanciers. Il serait injuste que celui qui a mis une valeur dans la masse, ou qui a conservé une valeur faisant partie du gage commun, fût forcé d'admettre sur cette valeur le concours des autres créanciers ; ayant fait l'affaire de tous, le créancier doit primer tous les autres.

Dans cette classe de privilèges se rangent : celui du créancier qui fait des frais pour la conservation de la chose, et celui du vendeur, peut-être enfin celui du voiturier, si l'on n'admet pas que ce soit un privilège fondé sur le gage.

I.

Du privilège du locateur.

22. Nous l'avons déjà remarqué au titre du louage (1), depuis les Romains jusqu'à nous, on a toujours senti la nécessité d'assurer au bailleur qui, sous la foi des engagements du preneur, commence par se dessaisir à son profit de la jouissance ou de l'usage de sa chose, l'exécution fidèle de ces engagements. C'est à cet effet que la loi établit ici un privilège et que, pour en faciliter l'exercice, elle autorise à saisir, hors des conditions ordinaires, les objets qu'elle y affecte (v. C. Pr., art. 819). Du reste, la raison étant la même, soit pour le propriétaire qui loue sa propre chose, soit pour le principal locataire qui loue la chose dont la jouissance lui est promise, ces droits leur sont communs. Le Code de procédure s'en expliquant formellement, quant au droit de saisir-gager, il est évident que l'on doit entendre d'un locateur quelconque tout ce que dit le Code civil du propriëtaire.

23. Rien de plus naturel, si la chose est frugifère, que d'affecter les fruits au paiement du fermage qui en forme le prix. A cette sûreté il a paru utile de joindre l'affectation des effets apportés par le preneur sur la chose louée. Toutefois, cette dernière sûreté étant surtout nécessaire lorsque la chose ne produit pas de fruits, c'est uniquement pour ce cas que le droit romain l'admettait sans convention expresse (v. L. 4 *Nerat.*, D., *in quib. caus. pign. vel hyp.*). Sous ce rapport il y avait donc une distinction à faire entre les baux de maisons et les baux de biens ruraux ; mais cette distinction, déjà effacée par notre ancienne jurisprudence, est également repoussée par le Code, qui assied le privilège : 1° sur les fruits de la récolte de l'année ; 2° sur le prix de tout ce qui garnit la maison ou la ferme ; 3° sur le prix de tout ce qui sert à l'exploitation de la ferme.

(1) V. t. VII, n° 200.

Remarquons ici, quant aux fruits, que la loi comprend seulement dans ses termes ceux *de la récolte*, par conséquent les fruits naturels ; toutefois il est certain que le locateur a aussi un droit de préférence sur les fruits civils que le preneur fait produire à la chose. C'est sur ce principe qu'est fondé le droit conféré au locateur principal de poursuivre directement le sous-fermier ou sous-locataire, et de saisir-gager ses effets ou les fruits par lui perçus, quoique ces effets ou fruits ne soient proprement affectés qu'au paiement du prix de la sous-location. V. C. civ., art. 1763 ; C. Pr., art. 820.

24. Le privilège a lieu naturellement pour tout ce que le locateur a droit de réclamer en cette qualité ; ainsi il s'applique :

1° Aux loyers et fermages. A cet égard même, quoiqu'il n'y ait à proprement parler de dû que les termes échus, le privilège s'exerce aussi pour les termes à échoir, pourvu, bien entendu, que la durée du bail soit dûment prouvée ou légalement présumée, et sauf pour la masse des créanciers la faculté de relouer, s'il y a lieu, à son profit, l'équité ne permettant pas que le locateur rentre dans la jouissance quand il s'en fait payer le prix.

25. Cela posé, l'exercice du privilège, *pour tout ce qui est échu et pour tout ce qui est à échoir*, est subordonné à l'existence d'un bail authentique, ou du moins d'un bail ayant date certaine (v. art. 1328). Cet exercice, du reste, entraîne pour les autres créanciers la faculté de relouer au profit de la masse pour le restant du bail, mais à la charge par eux de payer au propriétaire, que la valeur des objets affectés à son privilège n'a peut-être pas entièrement couvert, tout ce qui serait encore dû. V. art. 2102-1°, al. 2.

Que si le bail n'a pas date certaine, la loi accorde encore l'exercice du privilège pour une année à partir de l'année courante. V. art. 2102-1°, al. 2, et L. 12 février 1872.

26. Le privilège du locateur s'applique : 1° aux réparations locatives, et généralement à tout ce qui concerne l'exécution du bail. V. art. 2102-1°, al. 3.

27. Quelque favorable que soit le droit du locateur, on conçoit cependant qu'on puisse lui préférer certains créanciers auxquels il doit lui-même l'existence ou la conservation des objets sur lesquels repose son privilège Ainsi l'on paiera avant lui, sur le prix de la récolte, *les sommes dues* aux fournisseurs ou ouvriers, *pour les semences* qui l'ont produite, ou *pour les frais de cette récolte;* et sur le prix des ustensiles qui garnissent la ferme, *les sommes dues pour ces ustensiles,* c'est-à-dire pour leur confection, réparation ou acquisition (nonobstant art. 2102-4°, al. 3). V. art. 2102-1°, al. 4.

28. Quoique en général les meubles n'aient pas de suite (art. 2119, 2279), et que le privilège soit établi seulement sur ceux qui garnissent la maison ou la ferme, la loi accorde au locateur, comme au propriétaire d'une chose volée, le droit de revendiquer ceux qui ont été déplacés sans son consentement. Cette revendication improprement dite, qui ne tend qu'à les faire réintégrer pour l'exercice du privilège, doit au surplus être exercée dans un très bref délai : la loi n'accorde que 40 ou 15 jours, suivant que l'héritage loué est un bien rural ou une maison. V. art. 2102-1°, al. 5.

28 *bis*. I. *Privilège du bailleur à loyer ou à ferme.*

Le logement est une des nécessités de la vie, la culture des biens ruraux intéresse la société, la loi a donc dû faciliter le louage des immeubles en donnant au bailleur une garantie de paiement. Elle lui donne cette garantie en le considérant comme un gagiste. Il n'a contracté avec le preneur qu'en considération des meubles que celui-ci apporte dans les lieux loués, par la nécessité même de l'usage qu'il veut faire de l'immeuble, et ensuite parce que la loi l'oblige à garnir les lieux loués (art. 1752). Le privilège du bailleur a donc son principe dans un nantissement tacite.

28 *bis*. II. Il faut maintenant déterminer l'étendue du privilège; nous examinerons : 1° à quelles personnes il appartient; 2° sur quels objets il porte; 3° quelles créances sont garanties par le privilège; 4° quels moyens la loi accorde au bailleur pour la mise en œuvre de son privilège.

A qui appartient le privilège du bailleur. Il appartient à tout bail-

leur à loyer ou à ferme, ce qui comprend non seulement le propriétaire, dont le Code semble exclusivement s'occuper, mais aussi l'usufruitier et même un sous-bailleur. Le privilège n'est pas un attribut spécial de la propriété : la disposition principale de l'article parle des loyers et fermages, sans distinguer entre les différentes personnes à qui ils peuvent être dus ; il est vrai que dans des dispositions de détail qui terminent le 1er § de l'article 2102, on rencontre deux fois le mot *propriétaire;* mais le principe, qui a d'abord été posé d'une manière générale, ne peut pas être spécialisé, parce que le Code a employé, lorsqu'il l'appliquait, le nom de la personne qui le plus ordinairement bénéficiera de la disposition légale.

28 *bis*. III. Le bailleur toutefois n'a privilège qu'en qualité de créancier gagiste ; son droit frappe les meubles qui garnissent les lieux loués ; dès lors il perdrait son privilège, si, après l'aliénation de l'immeuble, il l'avait livré à l'acquéreur, parce que n'ayant plus la possession de l'immeuble, il aurait cessé d'être nanti des meubles qui le garnissent.

Nous ferons cependant une distinction quant au privilège sur les fruits de la récolte de l'année. Nous dirons que, de ce chef, le privilège n'est pas un privilège de gagiste ; il est indépendant de la possession. Le bailleur est plutôt un créancier qui a mis dans le patrimoine du débiteur une valeur, la récolte ; si c'est là le fondement du privilège, le bailleur peut l'exercer alors même qu'il aura perdu la possession de l'immeuble.

28 *bis*. IV. *Sur quels objets porte le privilège.* Les objets affectés au privilège du bailleur sont, aux termes de l'article : les fruits de la récolte de l'année, le prix de tout ce qui garnit la maison louée ou la ferme et de tout ce qui sert à l'exploitation de la ferme.

Nous parlons d'abord de ce qui garnit les lieux loués ; c'est l'objet principal du privilège, puisqu'il est aussi bien affecté au droit du bailleur à loyer qu'à celui du bailleur à ferme. Nous ajoutons même que la loi nous paraît s'exprimer surabondamment quant au mobilier d'exploitation, car les objets qui servent à l'exploitation de la ferme, charrues, chevaux, voitures, machines, sont certainement compris dans les choses qui garnissent les lieux loués.

Reste à déterminer exactement quels sont ces meubles qui sont grevés du privilège du bailleur. Ce ne sont pas tous les meubles qui sont dans les lieux loués ; l'expression employée par le Code

n'est pas assez compréhensive pour qu'il en soit ainsi. On disait autrefois : *tous les biens étant dans la maison ; tous les meubles que le bailleur trouve en son hôtel.* Ces formules auraient pu s'entendre des meubles de toute nature contenus dans les lieux loués, et cependant des controverses sérieuses s'étaient élevées sur la portée de ces termes. Le Code se sert d'expressions plus étroites, manifestant ainsi l'intention de ne pas affecter tous les meubles au privilège, et nous verrons que la distinction qu'il fait s'accorde parfaitement avec la théorie même du privilège du bailleur.

En affectant au privilège les meubles garnissant les lieux loués, et non pas simplement les meubles situés dans ces lieux, le Code reconnaît qu'une distinction est nécessaire parmi les meubles que peut contenir la maison ou la ferme. Les uns sont dans la maison et la garnissent ; les autres y sont et ne la garnissent pas.

Le sens naturel et français du mot *garnir* nous donne le moyen de faire cette distinction. La garniture d'une chose, c'est son accessoire, c'est l'objet qui la complète, lui donne son utilité, son agrément; ce n'est pas l'objet qui est rapproché fortuitement d'un autre, sans qu'il y ait entre les deux aucune relation résultant de leur destination naturelle. On dit par exemple qu'une pendule, des candélabres, une statue, sont la garniture d'une cheminée, parce qu'il est dans nos habitudes que les cheminées reçoivent quelqu'un de ces ornements ; au contraire, s'il se trouve sur une cheminée des livres, des boîtes, des cartons, ces objets ne complétant pas la cheminée d'après la destination qu'on lui donne ordinairement, on devra dire que ces objets sont sur la cheminée, mais non qu'ils la garnissent.

Cette observation sur le sens comparé du mot *garnir* et de l'expression *être sur* ou *dans* nous conduit à dire que les meubles garnissant une maison sont ceux qui servent à l'usage de la maison, en rendant cet usage possible, ou plus commode, ou plus agréable ; qui servent, en un mot, d'instrument à l'usage que l'habitant fait de la maison.

Ces meubles sont en général des meubles apparents que le locataire ne peut guère apporter ou enlever sans que le bailleur s'en aperçoive. Dès lors on comprend que le privilège les frappe, puisqu'il a pour fondement un contrat tacite de gage, et que ces meubles-là seulement ont pu inspirer confiance au bailleur.

D'autres meubles peuvent se trouver dans la maison, de l'argent

monnayé, des pierreries, des bijoux, des titres au porteur ; nous n'hésitons pas à dire qu'ils ne sont pas affectés au privilège ; car ils ne garnissent pas les lieux loués, ils ne servent pas à l'usage de la maison, ils ne sont pas les instruments de la jouissance du locataire ; par conséquent, ne se rattachant pas à l'immeuble par un lien de destination commune, ils n'en sont pas l'accessoire, le complément. Le bailleur ne les a pas vu apporter, il ne les verra certes pas enlever, il ne peut pas raisonnablement les avoir considérés comme son nantissement.

Mais entre ces deux classes d'objets, nous en voyons une troisième sur le sort de laquelle nous ne prenons pas aussi facilement parti. Nous voulons parler de l'argenterie de table, des livres de bibliothèque, du linge et des vêtements.

Ces différents objets sont plus mobiles que ceux sur lesquels nous avons d'abord admis l'existence du privilège, les armoires, tables, sièges, pianos, tableaux, etc. ; ils peuvent facilement disparaître, ils ne sont pas absolument destinés à n'être utilisés que sur place. Cependant nous disons encore qu'ils garnissent les lieux loués, parce qu'ils sont nécessaires à l'usage même de la maison ; on n'habite pas une maison sans y avoir peu ou beaucoup de ces ustensiles qui servent aux besoins de l'alimentation, peu ou beaucoup des objets d'habillement sans lesquels l'homme ne pourrait vivre ; sans ces choses la vie serait impossible dans la maison, quelque bien meublée qu'elle fût, du reste ; c'est aussi pour rendre l'usage de la maison plus agréable, quelquefois plus lucratif, que le locataire y apporte des livres ; on peut donc dire des livres eux-mêmes qu'ils sont l'accessoire de la maison, qu'ils la garnissent. Nous dirons en outre que si le bailleur n'a pas toujours vu ce que le preneur apportait en argenterie, linge et livres, s'il ne voit pas les déplacements que subissent ces différents objets, il a juste sujet de compter que le preneur introduit et maintient dans les lieux loués un certain nombre d'objets de cette nature, puisqu'ils sont indispensables ou presque indispensables à la vie. Il n'a pas reçu en nantissement des objets qu'il a pu apprécier *in specie*, mais une sorte d'universalité de choses usuelles sur laquelle il a pu légitimement compter.

28 *bis*. V. Nous venons de rechercher quels pouvaient être les meubles garnissant une maison d'habitation. La question change de face quand on songe à une maison destinée au commerce, à des

magasins. La destination des lieux loués n'est pas alors de contenir des choses qui ne changent pas ; elle est, au contraire, de contenir des objets qui sont vendus et incessamment remplacés par d'autres. Ces objets si souvent renouvelés n'en garnissent pas moins les lieux loués, car ils ne se trouvent pas fortuitement dans la maison : ils y sont l'instrument de la jouissance du locataire ; s'il n'a pas de marchandises dans son magasin, il n'use pas de ce magasin. Le bailleur a donc pu compter, non pas sur tel ou tel objet considéré individuellement, mais sur un ensemble de marchandises sans lesquelles le magasin serait vide, c'est-à-dire non garni. Il aura privilège sur ces marchandises.

28 *bis*. VI. Nous devons faire une observation relativement aux meubles que nous ne soumettons pas au privilège, comme les bijoux et pierreries ; ces meubles ne sont pas pour cela insaisissables, le bailleur peut les saisir comme tout autre créancier ; mais quand il les aura fait vendre, il viendra sur le prix en concours avec les autres créanciers.

28 *bis*. VII. Les meubles qui garnissent les lieux loués sont affectés au privilège du bailleur, même lorsqu'ils appartiennent à des tiers, lors, par exemple, qu'ils ont été déposés, prêtés ou loués au locataire de l'immeuble. Le preneur les détenait ; le fait de cette détention a suffi pour inspirer confiance au bailleur de l'immeuble. Si le dépositaire, le commodataire ou le locataire des meubles les lui avait vendus et livrés, le véritable propriétaire en eût été dépouillé; il les a reçus en gage, son droit de gage doit être respecté par le propriétaire.

C'est là une application de l'article 2279, d'où cette conséquence que la bonne foi est nécessaire chez celui qui résiste à la revendication d'un propriétaire dépouillé par le fait d'un dépositaire, d'un commodataire ou d'un locataire. La bonne foi, du reste, se présumera, à moins que la profession du locataire de l'immeuble n'ait dû suffisamment avertir le bailleur des droits que des tiers pouvaient avoir sur les choses apportées dans les lieux loués. Il est certain que si le locataire exerce une profession à raison de laquelle il détient habituellement des choses appartenant à autrui, pour les confectionner, les réparer ou les transporter, le bailleur ne peut pas soutenir qu'il a cru que tous les objets renfermés dans sa maison appartenaient à son locataire. Il a commis une imprudence, s'il a compté sur ces objets comme étant son gage et s'il n'a pas

exigé que les lieux fussent suffisamment garnis de meubles appartenant à son locataire. Il faut rapprocher du bailleur qui connaît la profession du locataire et qui sait que celui-ci détiendra fréquemment des choses appartenant à autrui, le bailleur qui n'a pas interdit la sous-location ; il sait que le sous-locataire apportera des meubles, et que celui-ci ne doit pas avoir l'intention d'affecter ses meubles au paiement de tous les loyers dus par le locataire principal. La sous-location deviendrait souvent impraticable, s'il fallait que cette affectation intégrale en résultât ; aussi l'article 1753, qui limite le droit du bailleur contre le sous-locataire, doit-il s'entendre comme limitant le privilège aussi bien que le droit personnel ; c'est du reste la doctrine qui ressort de l'article 820 C. Pr. (1).

28 *bis*. VIII. Nous ne suivrons pas toutefois jusqu'au bout la théorie de l'article 2279. Nous ne conserverons pas le droit de revendication du propriétaire du meuble, quand ce meuble aura été volé ou perdu. Cette dérogation au principe de l'article est fondée sur l'imprudence de celui qui achète un meuble ailleurs que chez un marchand ou dans un marché public. Aucune imprudence n'est imputable au bailleur qui accepte pour garantie les meubles apportés par un particulier non marchand ; il serait impossible qu'il prît la précaution de n'avoir affaire qu'à des marchands, et si l'on ne peut lui reprocher une imprudence, on doit le protéger par la règle de l'article 2279.

28 *bis*. IX. Le privilège du bailleur ne porte pas seulement sur les meubles garnissant la maison louée ou la ferme ; quand il s'agit d'un bailleur de biens ruraux, celui-ci est en outre privilégié sur les fruits de la récolte de l'année.

Ici la cause du privilège change. On ne peut pas la trouver dans un gage tacite, car il faudrait alors que la loi subordonnât le droit du créancier à la possession des fruits, c'est-à-dire que ces fruits devraient être restés dans les lieux loués, pour être grevés du privilège, et la loi n'indique pas que cette circonstance soit nécessaire. La base du privilège n'est donc pas la même que lorsqu'il s'agit des meubles garnissant les lieux. Le bailleur, par rapport aux fruits, se rapproche d'un vendeur ; les fruits sont une partie du fonds ; en donnant à bail ce fonds, le bailleur a, en quelque sorte, vendu d'avance les fruits à récolter ; quelle que soit d'ailleurs

(1) V. t. VII, 201 *bis*. V.

l'exactitude de cet aperçu, le bailleur est créancier parce qu'il a mis dans le patrimoine du débiteur une certaine valeur, et que sur cette valeur, tant qu'elle est reconnaissable, il serait inique qu'il subît le concours d'autres créanciers.

L'intérêt de cette remarque apparaît quand les fruits sont transportés hors de la ferme et engrangés ou mis en meule sur un fonds appartenant au fermier. Le bailleur aura son privilège, qu'il n'aurait pas dans les mêmes circonstances sur du matériel d'exploitation.

Nous supposons le transport des fruits de l'année sur un fonds appartenant au fermier, pour bien dégager l'hypothèse en ne créant pas un conflit entre le bailleur du fonds qui a produit les fruits et des tiers, comme le bailleur d'un autre immeuble dans lequel ils seraient engrangés, ou un acheteur de ces fruits.

Dans le premier de ces cas, la question deviendrait une question de rang entre privilégiés; nous la résoudrons plus tard. Dans le deuxième cas, l'application de l'article 2279 donnerait presque toujours le désavantage au bailleur de l'immeuble sur lequel les fruits ont été récoltés, et ce résultat est incontestablement bon en pratique, car un système contraire gênerait beaucoup les exploitations rurales en inquiétant les acheteurs de récoltes.

28 *bis*. X. Voilà pour les fruits de l'année. La loi n'a rien dit de ceux des années antérieures. Ils ne peuvent donc pas être, en tant que fruits, l'objet d'un privilège; mais, suivant les circonstances, ils seront atteints par la disposition principale de l'article 2102-1°; s'ils sont dans les lieux loués, ils sont le gage du bailleur comme objets garnissant la ferme, et c'est pour cela que l'article 1767 impose au fermier l'obligation d'engranger dans les lieux à ce destinés par le bail.

28 *bis*. XI. L'article ne s'occupe que des récoltes, c'est-à-dire des fruits naturels; mais il est bon de remarquer que la raison théorique qui a donné naissance au privilège sur les fruits naturels a produit un résultat analogue par rapport aux fruits civils. Ces fruits, ce sont les loyers des maisons ou les fermages de biens ruraux. Ces loyers ou fermages peuvent être produits par un fonds déjà donné à bail, lorsque le preneur devient lui-même bailleur en faisant une sous-location. Or, au cas de sous-location, la créance de loyers ou de fermages qui appartient au sous-bailleur n'est pas le gage commun de ses créanciers, se partageant entre tous pro-

portionnellement; elle peut être exercée par le bailleur primitif directement contre le sous-locataire ou sous-fermier (art. 1753). Donner au bailleur primitif une action directe contre le sous-locataire, c'est bien lui accorder un droit de préférence, qui s'expliquera comme celui du bailleur, sur les fruits naturels : il a mis dans le patrimoine du preneur la créance contre le sous-locataire (1).

28 *bis*. XII. *Quelles créances sont garanties par le privilège*. C'est principalement la créance des loyers et fermages, mais la loi ajoute les créances pour les réparations locatives et pour tout ce qui concerne l'exécution du bail. Cette dernière expression, très large, rend inutile ce que la loi dit d'abord des réparations locatives; elles sont dues en vertu des conventions tacites du contrat, et ce ne sont pas les seules que le preneur pourrait être astreint à faire. S'il avait commis des dégradations, il devrait une indemnité en raison de la règle qui l'oblige à ne pas mésuser de la chose. Cette indemnité, bien que représentant des réparations qui ne font pas partie de celles qui sont qualifiées locatives, serait garantie par le privilège.

Il en serait de même des créances résultant d'avances faites au preneur par le bailleur, en vertu de clauses spéciales de bail, et qui seraient destinées à des dépenses d'amélioration de la propriété, par exemple, au marnage ou au drainage. Des avances faites en dehors des conventions du bail, et sans que le bailleur y fût obligé, ne seraient pas privilégiées; le texte les exclut en restreignant le privilège aux créances relatives à l'exécution du bail.

28 *bis*. XIII. La créance principale du bailleur est celle des loyers et fermages. Elle est garantie par le privilège, mais elle ne l'est pas toujours tout entière. Elle n'est quelquefois privilégiée que pour une partie des loyers ou fermages stipulés par le contrat. Il y a, en effet, sur l'étendue du privilège des distinctions à faire, qui sont fondées sur la nature de l'acte constatant la location, acte que la loi appelle le bail, en donnant à ce terme sa signification pratique.

Voici quel est le fondement de ces distinctions : Invoquer le privilège, c'est, de la part du bailleur, opposer le bail aux créanciers du preneur, car les questions de préférence n'intéressent pas direc-

(1) V. t. VII, n° 201 *bis*. II.

tement le débiteur lui-même, elles se débattent entre les créanciers du débiteur commun; or, par rapport aux créanciers contre lesquels le bailleur prétend avoir un droit de préférence, des fraudes sont à craindre par une entente entre le bailleur et le preneur. Un bail, fait en prévision de la déconfiture du preneur et dans les moments qui précèdent cet événement, pourrait augmenter outre mesure les droits du bailleur et soustraire au gage des créanciers une partie considérable du mobilier appartenant au débiteur. Il suffirait d'augmenter le prix annuel de la location ou la durée du bail, soit en le faisant remonter à une époque antérieure à son commencement véritable, soit en le prolongeant au delà du terme primitivement stipulé. Au moyen d'une antidate, on écarterait de ce bail tout soupçon de fraude, et les créanciers seraient victimes de la collusion.

D'un autre côté, quelque bien fondées que soient ces craintes, elles ne sauraient autoriser le législateur à déclarer le bail absolument sans effet par rapport aux créanciers, car ceux-ci ne peuvent avoir contre un acte sérieux et non frauduleux plus de droits que leur auteur. D'où cette conséquence qu'un bail qui n'est pas entaché de fraude doit recevoir son entier effet non seulement dans le passé pour les loyers échus et non payés, mais pour le temps à venir, car le bailleur a un droit acquis, résultant du contrat, à avoir un locataire pour tout le temps stipulé dans le bail; considérer la convention comme sans effet, c'est retirer au bailleur le bénéfice de ce droit et le mettre peut-être dans l'impossibilité de trouver un autre locataire, au moins au même prix, si les circonstances sont devenues moins favorables aux locations.

28 *bis*. XIV. Telles sont les raisons qui expliquent les distinctions que fait le Code d'après la nature de l'acte qui prouve le contrat du bail.

Le Code examine deux hypothèses : 1° le bail a date certaine, soit qu'il ait été constaté par acte authentique, soit qu'il ait été constaté par un acte sous seing privé qui se trouve dans les conditions indiquées par l'article 1328 ; 2° l'acte n'a pas date certaine.

Dans l'exposé de ces deux hypothèses, quand le législateur exige la certitude de la date, il est clair qu'il sous-entend que cette date certaine doit être antérieure à l'événement qui donne lieu à la distribution des deniers entre les créanciers. Il serait indifférent que

la date fût certaine, si elle se référait à une époque où déjà existait l'intérêt d'une entente frauduleuse entre le débiteur et le bailleur.

28 *bis*. XV. Examinons la première hypothèse, c'est-à-dire celle où le bail est prouvé par un acte ayant date certaine.

Dans ce cas, le bail, ne laissant pas prise au soupçon de fraude, s'exécute complètement dans le passé et dans l'avenir, c'est-à-dire que le bailleur se fait colloquer, dans la contribution, par privilège pour tous les loyers échus qui n'ont pas été payés, et même pour tous les loyers à échoir jusqu'à l'époque que le bail déterminait comme devant mettre fin à la location.

Le bailleur a dans ce cas l'avantage de toucher immédiatement le montant cumulé des loyers futurs qui devaient être payés au fur et à mesure que le locataire jouirait; c'est une nécessité, puisque tout l'actif du débiteur est partagé entre ses créanciers; le privilège ne serait plus assis sur aucun bien, et les loyers à venir seraient absolument compromis. Le bailleur, du reste, ne rentre pas en possession de l'immeuble; il ne peut pas, en effet, toucher les loyers et avoir la jouissance. Les créanciers peuvent relouer l'immeuble, c'est-à-dire en tirer parti au profit de la masse en le donnant à bail à quelque autre personne.

28 *bis*. XVI. Il eût été inutile, si la loi n'avait eu en vue une hypothèse spéciale, de parler de ce droit de relouer, car il résulte de l'article 1717 que le locataire peut sous-louer, et il est naturel que ses créanciers exercent son droit; mais l'article a une autre portée : il songe au cas où le bail contient l'interdiction de sous-louer, et il confère aux créanciers le droit de sous-louer nonobstant cette convention; la situation en effet est changée, le bailleur n'a plus en face de lui le preneur qui pouvait occuper lui-même l'immeuble; il exerce contre la masse un droit très-rigoureux, et il ne faut pas que cette masse, qui ne peut pas jouir par elle-même, soit réduite à ne tirer aucun parti de la location; or elle ne peut en tirer parti qu'en relouant. Voilà pourquoi la loi lui reconnaît ce droit sans distinction.

Il faut dire cependant, pour donner au contrat autant de force que possible, que si le bailleur veut maintenir l'interdiction de sous-louer, il en a le droit en renonçant à se faire payer les loyers à venir.

28 *bis*. XVII. Deuxième hypothèse. Le bail n'a pas date certaine. Dans cette hypothèse, le Code restreint certainement l'étendue du

privilège quant aux loyers futurs, car il se contente de le donner pour une année, à partir de l'expiration de l'année courante, c'est-à-dire pour l'année qui commencera lorsque l'année courante finira, et c'est bien là une année à venir. Quand même le bail eût été destiné à durer plusieurs années encore, le privilège ne garantit dans le futur que cette seule année. On craint, comme nous l'avons dit, les prolongations frauduleuses du bail.

28 *bis*. XVIII. Ce qui est obscur dans l'hypothèse où le bail n'a pas date certaine, c'est l'étendue du privilège dans le passé. Il est impossible de s'appuyer sur les expressions que le texte emploie au commencement de la phrase où il détermine l'étendue du privilège, quand il dit : Le privilège existe, *savoir : pour tout ce qui est échu, et pour tout ce qui est à échoir, si les baux, etc.* La ponctuation de la phrase et sa disposition dans l'édition originale du Code (1) prouvent que ces mots sont écrits en vue de la première hypothèse examinée, celle où le bail a date certaine ; en effet, ils sont séparés du membre de phrase où la loi traite des baux n'ayant pas date certaine, non seulement par plusieurs propositions incidentes, mais par un point et virgule et surtout par un alinéa. Dans l'édition officielle que nous citons en note, les mots : *et à défaut de baux authentiques,* sont imprimés *à la ligne,* ce qui doit enlever toute idée d'une communauté de règles entre cette partie de l'article 2102 et la précédente.

Nous ne devons pas toutefois réserver absolument le privilège aux loyers dus pour l'année qui suit l'année courante ; il est difficile de ne pas accorder le privilège à l'année courante elle-même. Elle n'est tout entière ni dans le passé ni dans le futur, c'est l'année présente ; elle doit être considérée comme contenue implicitement dans les expressions du texte, car il serait absurde de payer l'année qui commence dans trois mois, et de ne pas payer les trois mois courant jusqu'à cette année. Si la loi a présumé la sincérité du bail pour une année qui n'est pas commencée, elle doit *à fortiori* l'admettre pour l'année dans laquelle on se trouve.

28 *bis*. XIX. Reste à parler des années précédant l'année courante, c'est-à-dire des années échues, du passé proprement dit.

Nous avouons que le texte est muet sur ce point, puisque nous n'essayons pas de nous servir des mots *tout ce qui est échu* qui se

(1) Imprimerie de la République, an XII. In-8°, format du *Bulletin des lois*.

trouvent au commencement de la phrase où la loi parle des baux ayant date certaine. Mais le silence du texte ne nous conduit pas à refuser le privilège pour les années échues; en effet, nous avons montré qu'on s'accorde presque universellement à donner privilège pour l'année courante, bien que l'article n'ait pas statué sur ce point. Cette décision, si l'on veut être logique, implique que la pensée du législateur s'est portée uniquement sur l'avenir et n'a voulu restreindre que le privilège des années futures. Quant au passé, il n'était pas nécessaire d'en parler dans ce paragraphe spécial, car la disposition principale de l'article 2102-1° établit le privilège pour les loyers et fermages, et il suffit qu'une certaine période n'ait point été déclarée non privilégiée, pour qu'elle jouisse de la garantie générale attribuée aux loyers et fermages.

Si le législateur n'avait pas sous-entendu que le privilège appartient à tous les loyers échus, il mériterait le reproche d'avoir très injustement sacrifié les droits du bailleur en ne faisant pas au moins quelques distinctions par rapport aux périodes écoulées. Si l'on suppose, en effet, que l'événement qui donne lieu à la distribution des deniers entre les créanciers, la mort ou la déconfiture du débiteur, est survenu soit au moment où finissait une année de bail et où devenait exigible un terme du loyer, soit peu de jours après, comment s'expliquer que ce terme-là au moins ne soit pas privilégié? Les années se comptent à partir du commencement du bail, et l'année courante commence à l'anniversaire de ce commencement; quand la mort ou la déconfiture du débiteur est arrivée peu de jours après cet anniversaire, le bailleur n'a pas pu encore se faire payer, faire des diligences ou des poursuites; il serait injuste qu'il ne fût pas payé. Si donc la loi n'avait pas voulu donner privilège pour tout le temps écoulé, elle aurait au moins déterminé une période, aussi courte qu'on voudra, dans le temps précédant l'année courante et lui aurait accordé le privilège.

On s'explique du reste parfaitement pourquoi la loi, qui restreint le privilège dans l'avenir, n'a pas songé à le restreindre dans le passé; c'est que le privilège pour les loyers échus est ordinairement limité et diminué par l'application des règles sur la prescription, tandis qu'il n'y a pas de prescription à espérer pour diminuer la créance du bailleur quand le bail doit produire des effets pendant un nombre considérable d'années futures.

Si, de plus, on veut examiner les fraudes que la loi poursuit et

peut atteindre en exigeant la date certaine des baux, on voit que la seule fraude qui soit réellement à craindre peut aussi bien se produire quand le bail a date certaine que quand il ne présente pas cette garantie. On ne peut pas, en effet, craindre bien sérieusement que, par un bail antidaté, on ait fait commencer le bail plus tôt qu'il n'a commencé en réalité, ou que l'on ait fixé un prix supérieur au prix réellement stipulé. Le caractère public, ostensible, de la jouissance d'un locataire ou d'un fermier ne permettra guère de tromper les intéressés et la justice sur le moment où a commencé cette jouissance; quant à l'exagération du prix, elle apparaîtra aux yeux des créanciers, et ils la démontreront facilement par une expertise; cela est si vrai que le Code accorde privilège pour deux années, l'année courante et l'année qui la suit, sans se préoccuper de la possibilité d'une indication frauduleuse du prix du bail.

Ce ne sont donc pas là les fraudes possibles; celle qui peut être redoutée consisterait dans une entente entre le bailleur et le preneur, pour détruire ou dissimuler les quittances des loyers échus, et alléguer que ces loyers n'ont pas été payés. Contre cette fraude, les créanciers n'ont pas d'autres armes que celles qu'ils ont généralement contre la fraude; ils peuvent prouver par tous les moyens possibles, et notamment par des présomptions judiciaires; mais ce n'est pas la date certaine du bail ou même son authenticité qui empêchera cette collusion; alors même que le bail serait authentique, les quittances auront pu être données sous seing privé, donc elles seront aisément dissimulées ou détruites, et cependant la loi accorde expressément dans ce cas le privilège pour tout ce qui est échu; si la crainte de la suppression ou de la dissimulation des quittances n'a pas arrêté le législateur quand le bail a date certaine, pourquoi s'en serait-il préoccupé davantage dans le cas contraire, puisqu'au point de vue du succès de la fraude dont nous parlons, la certitude ou l'incertitude de la date est sans importance pratique?

28 *bis*. XX. Entre les deux hypothèses prévues par le Code, il en existe une troisième, celle où le bail n'est pas écrit, soit qu'en réalité il n'existe pas d'acte, et que le bail se trouve prouvé conformément à l'article 1715, soit qu'il ait été constaté par écrit, mais que la durée n'en ait pas été fixée par les parties.

Nous commencerons par dire que le bailleur sera privilégié pour tous les loyers échus, car les raisons que nous venons de donner

quant aux baux écrits qui n'ont pas date certaine ont la même puissance quant aux baux non écrits.

Pour les loyers à venir, nous distinguerons entre les baux de maisons et les baux de biens ruraux.

S'il s'agit de maisons, le bail a une durée indéfinie, mais les parties peuvent respectivement se donner congé. Les créanciers, exerçant les droits du débiteur, peuvent mettre fin au bail par un congé; ils ont intérêt à donner ce congé le plus tôt possible; s'ils n'usent pas de ce droit, ils ne peuvent pas se plaindre de l'extension que prendrait le privilège. S'ils donnent congé suivant l'usage des lieux, il faut bien que le propriétaire soit payé jusqu'à l'époque où le bail a cessé en vertu du congé; tout soupçon de fraude est alors inadmissible, puisque la durée du bail dans l'avenir est déterminée par l'usage, qui fait ici la loi. Cette durée sera du reste très probablement inférieure à celle qui est assignée aux baux écrits n'ayant pas date certaine, car il sera rare que les usages locaux prolongent au delà de l'année courante et d'une année en plus le délai nécessaire pour mettre fin à une location par un congé.

Pour les baux de biens ruraux, la loi en a déterminé tout autrement la durée : elle n'est pas indéfinie, ils ne se terminent pas par un congé, la durée est fixée par le Code lui-même (art. 1774). Cette durée peut être d'une année, et peut être supérieure à une année quand la terre est divisée en plusieurs soles. Le bailleur aura alors privilège pour tout le temps qui restera à courir d'après l'article 1774, alors même qu'il en résulterait un privilège pour une période qui s'étendrait au delà de l'année suivant l'année courante. C'est la loi qui a elle-même fixé la durée des baux, et par conséquent on ne peut pas supposer qu'une convention frauduleuse prolongerait le bail au delà du temps qui lui avait d'abord été assigné.

Dans les deux hypothèses que nous venons d'examiner, on pourrait dire toutefois, quand le privilège arriverait à garantir une période plus longue que l'année courante et l'année qui suit, que les parties dissimulent peut-être un bail écrit n'ayant pas date certaine, et qu'elles cherchent à créer frauduleusement un privilège pour un temps plus long que celui auquel le bailleur a droit d'après l'article 2102 et la nature de son titre. Nous répondrons qu'il est des cas où cette supposition n'est pas admissible, ce sont les plus fréquents, ceux où le bail, dit non écrit, est constaté par

écrit, mais qu'il y manque seulement la fixation d'une durée; dans ce cas il ne peut être question d'une destruction frauduleuse de titre. Nous allons plus loin : quand le bailleur ne produit aucun écrit, qu'il se place dans les conditions des articles 1736 et 1774, nous ne pensons pas qu'on puisse lui refuser le privilège pour tout le temps fixé par ces articles; car pour cela il faudrait présumer la fraude, qui ne se présume pas, et mettre le bailleur dans la nécessité de faire une preuve impossible, la preuve qu'il n'a pas été rédigé d'acte. De même que la loi ne présume pas la suppression des quittances, quand les parties sont d'accord sur le fait du non-paiement, de même elle ne peut supposer la suppression de l'écrit quand les parties conviennent qu'il n'en a pas été rédigé.

28 *bis*. XXI. Les règles que nous venons d'exposer sur l'étendue du privilège du bailleur ont reçu une grave dérogation, pour le cas où le preneur est en faillite, par une loi du 12 février 1872. Comme elle modifie les articles 450 et 550 du Code de commerce, en touchant à la théorie civile du privilège, elle demande à être expliquée sommairement.

Cette loi s'occupe de deux points sur lesquels des réclamations s'étaient élevées au nom des intérêts de la masse des créanciers des faillis, gravement compromis par l'étendue du privilège des bailleurs d'immeubles.

Sur le premier de ces deux points, il existait, il est vrai, une grave controverse. Il s'agissait de savoir si le bailleur pouvait, en cas de faillite, contraindre la masse à entretenir le bail jusqu'à son expiration, et se faire immédiatement payer tous les loyers à échoir, devenus exigibles comme toutes les dettes du failli par l'effet même de la faillite. On avait essayé d'éviter ce résultat en niant que la créance fût à terme et qu'elle dût, par conséquent, être devenue exigible; mais la jurisprudence de la Cour de cassation avait décidé la question dans le sens du bailleur (1), et il résultait de la loi ainsi entendue que le bailleur absorbait souvent la totalité de l'actif du failli, qu'il réalisait même un bénéfice important en recevant immédiatement les loyers d'un nombre considérable d'années non échues.

Quant au second point, que signalaient ceux qui demandaient une réforme, il n'était pas contesté; c'était l'attribution même d'un

(1) V. C. C. 16 février 1870. Sirey, 1870. 1. 318.

privilège au bailleur pour les périodes de temps déterminées par l'article 2102.

28 *bis*. XXII. La loi de 1872, c'est-à-dire le nouvel article 450 du Code de commerce, protège la masse de la faillite contre l'excessive durée des baux dans le temps postérieur à la faillite, en permettant aux syndics d'opter entre la cessation ou la continuation du bail.

C'est ce qui résulte du nouvel article 450, qui fixe un délai dans lequel les syndics peuvent notifier l'intention de continuer le bail, et du nouvel article 550, qui prévoit au contraire qu'il y a eu vente et enlèvement des meubles garnissant les lieux loués, et qui assimile à peu près ce cas au cas de résiliation.

Le bailleur n'est pas maître de mettre fin au bail en s'appuyant sur la faillite de son locataire; la loi ne lui donne pas l'alternative qu'elle accorde aux syndics. Il peut seulement, à la suite de l'option faite par les syndics, former une demande en résiliation. Former une demande, ce n'est pas imposer arbitrairement sa volonté; pour que cette demande réussisse, il faut, puisque la loi n'a pas dit que la faillite fût une cause de résiliation, que le bailleur invoque d'autres causes. Il faut qu'il puisse s'appuyer sur des motifs de droit commun, comme le non-paiement des loyers échus ou l'abus de jouissance.

Voilà donc diverses hypothèses qui peuvent se produire par rapport à l'existence du bail après la faillite du preneur; la loi a examiné et réglé distinctement l'étendue des droits du bailleur dans ces diverses hypothèses.

28 *bis*. XXIII. La première hypothèse est celle où les syndics ont opté pour la continuation du bail, et où le bailleur n'a pas fait prononcer la résiliation. Dans ce cas le bailleur a droit d'être payé de tous les loyers échus, mais il ne peut exiger les loyers à venir, pourvu toutefois qu'il ait conservé les sûretés par lui reçues dans le principe, ou qu'il lui ait été donné d'autres sûretés depuis la faillite. (Article 550 C. comm.)

La continuation du bail dans l'intérêt des créanciers n'implique pas la continuation du commerce du failli : le droit au bail est une valeur faisant partie de l'actif de la faillite, et les créanciers peuvent en tirer parti en le cédant (article 550). Ce droit même leur appartiendrait nonobstant une interdiction contenue dans le bail, pour le temps à raison duquel le bailleur aurait touché des loyers par anticipation.

28 *bis*. XXIV. La deuxième hypothèse est celle où les créanciers ne veulent pas continuer le bail, ce qu'ils manifestent en ne faisant pas la notification exigée par l'article 450, et surtout en dégarnissant les lieux loués des meubles qui étaient la garantie du bailleur. Alors le bailleur peut exercer son privilège dans les limites où il l'exerce dans le troisième cas que nous allons examiner, et en outre pour une année à échoir, que le bail ait ou non date certaine. Nous reviendrons sur cette hypothèse quand nous aurons examiné celle à laquelle la loi l'a presque assimilée et que nous avons énumérée en troisième lieu, pour rapprocher l'une de l'autre les deux situations entre lesquelles s'exerce le droit d'option des créanciers.

28 *bis*. XXV. Cette troisième hypothèse est celle où le bailleur a demandé à la justice et obtenu la résiliation du bail.

Son privilège est alors singulièrement amoindri quant aux périodes de temps qu'il garantit. Cet amoindrissement porte à la fois sur le passé et sur l'avenir.

Dans le passé, au lieu d'être privilégié pour tout ce qui est échu, le bailleur est réduit à un privilège pour les deux dernières années échues avant le jugement déclaratif de faillite; c'est une diminution considérable et certaine du droit du bailleur quand le bail a date certaine, puisque, d'après le Code civil, il devrait être privilégié pour tout ce qui est échu; dans notre doctrine, c'est aussi une diminution quand le bail n'a pas date certaine, puisque nous ne faisons pas de différence, quant aux loyers échus, entre le bail à date certaine et le bail qui n'a pas date certaine.

Dans la doctrine de ceux qui ne donnent pas privilège pour le temps passé, quand le bail n'a pas date certaine, le Code de commerce (art. 550 nouveau) aurait, au contraire, augmenté les droits du bailleur, puisqu'il accorde privilège pour deux années sans distinction. Et comme la tendance de la loi de 1872 n'est pas d'augmenter les droits du bailleur, on doit, dans la disposition qui traite de même le bail avec ou sans date certaine, voir la preuve que les législateurs de 1872 interprétaient l'article 2102 comme nous l'avons interprété nous-même.

La loi de 1872 restreint à deux ans le privilège des loyers échus, parce que le bailleur a commis une imprudence en laissant trop longtemps tranquille le preneur qui ne payait pas ses loyers; qu'il a par cette négligence laissé s'aggraver les embarras financiers qui

ont produit la faillite, et qu'il a été cause de la confiance des autres créanciers, ceux-ci ne devant pas facilement supposer une telle tolérance de la part du bailleur.

28 *bis*. XXVI. Dans l'avenir, la loi restreint notablement le privilège, car elle ne l'admet que pour l'année courante dont une partie est déjà passée. Elle enlève au bailleur dont le titre a une date certaine son privilège pour tout ce qui est à échoir, et à celui dont le titre n'a pas date certaine le privilège pour l'année qui suit l'expiration de l'année courante. Au lieu de ces droits, déterminés à l'avance par le Code civil, la loi nouvelle admet un droit à une indemnité que les tribunaux pourront allouer, indemnité dont le paiement sera assuré par le privilège.

Voici la raison de cette disposition : Le bailleur reprend possession de son bien, il va peut-être trouver facilement à le donner à bail, et alors le préjudice que lui cause la faillite sera nul ou peu considérable; en tout cas, on ne peut pas présumer, pour toutes les hypothèses, que ce préjudice équivaut aux loyers de tout le temps à courir jusqu'à la fin du bail, ou même au loyer d'une année. D'un autre côté, le failli ne remplissant pas ses engagements envers le bailleur, si les circonstances ne sont pas favorables, celui-ci peut éprouver des difficultés à relouer, surtout à relouer au même prix, et là se trouve la cause d'un préjudice dont le preneur lui doit la réparation. Tel est le fondement de l'action en indemnité qui est substituée par la loi nouvelle à l'action en paiement des loyers et qui est privilégiée comme cette action même.

28 *bis*. XXVII. Il nous faut maintenant revenir à l'hypothèse où le bail cesse par le fait des créanciers qui ont détruit les garanties du bailleur ou ne lui ont pas donné les garanties qu'il était en droit d'exiger.

Ce cas est assimilé à celui de résiliation obtenue par le bailleur, c'est-à-dire qu'en ce qui touche les loyers échus, l'année courante et ce qui concerne l'exécution du bail, il faut appliquer les règles que nous venons d'exposer.

Mais la loi consacre une différence entre les deux espèces; elle est relative aux loyers à venir. Au lieu de refuser au bailleur tout privilège pour les loyers futurs, la loi attribue le privilège pour une année à partir de l'expiration de l'année courante. Elle a pensé que le bailleur ne peut pas être traité comme dans le cas où il demande la résiliation, parce qu'alors il manifeste qu'il espère tirer facilement parti de son immeuble.

Le privilège existe alors pour l'année qui suit l'année courante, *que le bail ait ou non date certaine* (art. 550). S'il n'a pas date certaine, le Code de commerce est d'accord avec le Code civil; s'il a date certaine, le Code de commerce diminue grandement les droits conférés au bailleur par le Code civil. Nous pensons toutefois que le bailleur pourrait former une demande en dommages et intérêts s'il prétendait qu'il éprouve, par suite de la cessation du bail, un préjudice non couvert par le paiement d'une année de loyer.

Cette action en dommages et intérêts est fondée sur les principes généraux du droit; elle est expressément reconnue par la loi de 1872 dans le cas de résiliation obtenue par le bailleur; elle nous paraît devoir être admise *à fortiori* quand c'est par le libre choix des créanciers, et non par la volonté du bailleur, que le bail cesse de produire ses effets avant l'époque normale de son expiration.

28 *bis*. XXVIII. Une dernière observation sur la loi de 1872 : elle n'est applicable qu'aux baux qui n'avaient pas date certaine lors de sa promulgation ; on n'a pas voulu porter atteinte aux droits acquis en vertu du Code civil.

Cependant, en ce qui concerne le droit, pour le bailleur dont le titre a date certaine, de toucher immédiatement tous les loyers à échoir, on a admis une restriction ; on décide que moyennant des sûretés suffisantes données au bailleur, les créanciers pourraient éviter d'acquitter ces loyers par anticipation (art. 2, loi du 12 février 1872). En donnant cette décision, le législateur n'a pas cru porter atteinte à la règle de la non-rétroactivité des lois ; il a eu la prétention de donner une interprétation de l'article 444 du Code de commerce, et l'effet des lois interprétatives se produit depuis le jour de la promulgation de la loi interprétée (1).

28 *bis*. XXIX. *Moyens que la loi accorde au bailleur pour la mise en œuvre de son privilège.* Le moyen ordinaire que la loi met à la disposition du créancier, l'*ultima ratio*, c'est la saisie. Le bailleur a incontestablement le droit de saisir, il peut même pratiquer la saisie sans titre ni permission du juge ; cette saisie est appelée ***saisie-gagerie***. Elle est avant tout une mesure conservatoire, et c'est pour cela qu'elle n'est pas soumise aux mêmes règles que la saisie qui tend à l'expropriation du débiteur. Si le bailleur veut arriver à cette

(1) V. sur toute cette loi : *Précis du cours de droit commercial*, par M. BOISTEL, p. 700 et suiv., édit. 1884.

expropriation, c'est-à-dire à la vente, il lui faut un jugement qui convertisse la saisie-gagerie en saisie-exécution.

28 *bis*. XXX. Le bailleur a encore un autre droit pour protéger son privilège contre les conséquences d'un déplacement des meubles qui lui servent de gage, c'est le droit de *revendication* (dernier alin. du 1° de l'art. 2102).

Il ne s'agit pas là d'une revendication proprement dite : le bailleur ne se prétend pas propriétaire des meubles de son locataire; c'est l'action réelle de gage, *vindicatio pignoris*. Ce droit est exercé par voie de saisie, *saisie-revendication* (art. 819 *in fine*. C. Pr.).

Il n'est pas possible que le bailleur surveille assez exactement son gage pour en empêcher le déplacement; il y a même des objets, comme les chevaux et les voitures d'un fermier, qui sont destinés à sortir souvent des lieux loués; le privilège serait trop facilement perdu s'il périssait à l'instant même où les objets cessent de se trouver dans l'immeuble donné à bail. Le droit de revendication permet au bailleur d'échapper aux conséquences d'un déplacement qui pourrait entraîner une véritable dépossession.

Le bailleur doit surveiller assez exactement pour être au courant des déplacements d'objets mobiliers garnissant les lieux, et il doit revendiquer assez vite pour ne pas paraître avoir donné son consentement à la dépossession : voilà pourquoi le droit de revendiquer est resserré dans d'assez étroites limites de temps, et aussi pourquoi le temps est plus long quand il s'agit du mobilier d'une ferme, plus difficile à surveiller que le mobilier garnissant une maison.

28 *bis*. XXXI. L'exercice du droit de revendication suppose que le déplacement a eu lieu sans le consentement du bailleur; le texte le dit, et nous devons ajouter que le consentement peut être tacite. S'il s'agit d'objets destinés à être vendus, comme des marchandises ou les fruits d'une récolte, la revendication devient impossible après la livraison faite à un acheteur, parce que l'existence de ce droit en faveur du bailleur paralyserait complètement l'exercice de la profession du preneur, commerçant ou fermier, et que le bailleur a certainement consenti à l'exercice de cette profession. Dans ces hypothèses, au reste, le gage du bailleur ne porte pas *in specie* sur tels ou tels objets, mais sur une sorte d'universalité, sur l'ensemble des marchandises et des fruits, et tout ce qu'il peut exiger, c'est que les magasins soient regarnis au fur et à mesure

qu'ils se dégarnissent par des ventes, et quant aux récoltes, qu'elles soient toujours, tant qu'elles ne sont pas vendues, engrangées dans les lieux loués.

28 *bis*. XXXII. L'article 2102-1°, consacré au privilège du bailleur, ne parle pas exclusivement de ce droit. Incidemment, il reconnaît l'existence d'un autre privilège, dont il ne sera rien dit plus tard. Dans son avant-dernier alinéa, l'article, en établissant par rapport au bailleur le rang des créanciers pour semences, frais de récolte ou ustensiles, sous-entend que ces diverses créances sont privilégiées.

Ces privilèges, au reste, se rapprochent beaucoup de quelques autres dont nous avons déjà parlé, ou dont nous parlerons. Ainsi le privilège pour les frais de récolte rentre, soit dans celui des gens de service, s'il s'agit du salaire des travailleurs, à moins que les moissonneurs n'aient été des ouvriers travaillant accidentellement pour le maître de la moisson, soit dans le privilège des frais faits pour la conservation de la chose, s'il s'agit de payer les transports des récoltes jusqu'aux granges ou aux celliers, où elles ont été mises à l'abri.

Les créances pour ustensiles sont des créances de vendeurs ou de personnes qui ont réparé les instruments de travail; elles jouissent donc du privilège de vendeur ou de celui qui garantit les frais de conservation.

Il n'y a de particulier, dans la disposition sur les privilèges dont nous parlons, que le privilège pour les semences.

Certes, celui qui a vendu les semences a sujet d'être préféré à la masse, mais il n'obtiendrait pas le privilège de vendeur, parce que nous supposons qu'il prétend exercer son droit non pas sur les semences telles qu'il les a vendues, mais sur des choses absolument transformées, sur des fruits, tandis qu'il a vendu des graines. L'article 2102-4° n'aurait donc pas suffi pour lui constituer un privilège.

Nous ne parlons que des graines; on peut cependant raisonnablement croire que la loi, en parlant des sommes dues pour semences, a compris dans sa pensée les sommes dues à ceux qui ont employé les semences, et que l'opération tout entière des semailles ou de l'ensemencement est privilégiée. Quant à ce dernier point, il n'a d'intérêt qu'autant que l'ouvrier semeur n'aurait pas fait partie des gens de service, parce qu'il n'aurait pas été attaché à la ferme

d'une façon permanente, sinon le privilège des gens de service suffirait à protéger l'ouvrier rural.

De plus, le rang du privilège ne sera pas le même, s'il s'agit d'un droit spécialement accordé par l'article 2102, ou s'il s'agit du privilège accordé à tous les gens de service.

II.

Du privilège du gagiste.

29. La nature et les conditions de ce privilège ont été exposées au titre précédent; la loi rappelle seulement ici le principe posé dans l'article 2076 : d'après ce principe, le privilège n'est accordé sur le gage qu'au créancier qui en est saisi. V. article 2102-2°, et à ce sujet art. 2073-2076.

29 *bis*. I. Le créancier n'a voulu prêter que parce qu'on lui a fait la remise d'un meuble qui doit rester dans ses mains jusqu'au paiement de la dette. Il doit donc, sur l'objet remis en gage, être préféré aux autres créanciers du débiteur commun, qui n'ont sur cet objet pas plus de droits que le débiteur.

Ces créanciers, du reste, ne peuvent pas se plaindre, alors même que leurs créances seraient nées antérieurement à la constitution du gage; car un propriétaire ne perdant pas le droit de disposer de ses biens, parce qu'il a des créanciers, ils n'ont pas dû compter sur le bien donné en gage, comme sur un bien qui leur eût été affecté spécialement. A plus forte raison, quand le gage a été constitué avant la naissance d'un droit de créance, il n'a porté aucune atteinte à ce droit, et le créancier ne peut pas se plaindre; lorsqu'il a traité avec le débiteur commun, il n'a pas vu dans son patrimoine l'objet engagé.

Resterait la question de fraude, qui est régie par l'article 1167 et par les articles 446 et 447 du Code de commerce.

29 *bis*. II. Le privilège du gagiste est subordonné à la condition que le créancier possédera l'objet engagé : tel est le texte de l'article 2102. Il faut toutefois faire des réserves pour le cas où le créancier aurait cessé de posséder à la suite d'une perte ou d'un vol; l'article, en effet, s'occupe du droit de préférence du gagiste à l'en-

contre des autres créanciers, et par rapport à ceux-ci il faut que le gagiste soit en possession; mais la loi n'a pas réglé l'étendue du droit du gagiste à l'égard des tiers détenteurs. Il n'est pas souvent question du droit de suite à propos des meubles, et cela explique comment le Code n'a pas aperçu le privilège sous ce second aspect. Cependant l'article 2279 admet la revendication des meubles au cas de perte ou de vol, et il n'y a pas de raison pour distinguer entre la revendication fondée sur le droit de propriété et celle qui est fondée sur un droit réel moins complet, le droit de gage, par exemple. La loi n'a pas dénié ce droit de revendication au gagiste; il faut donc le lui accorder, puisqu'il découle des principes généraux. Ce n'est point un démenti que nous donnons à l'article 2102, car nous n'attribuons alors le privilège, c'est-à-dire la préférence sur les autres créanciers, qu'à la suite d'une revendication qui a remis le meuble aux mains du gagiste.

III.

Du privilège des frais faits pour la conservation de la chose.

30. Il est juste que celui qui a conservé le gage commun soit remboursé sur la valeur de ce gage par préférence aux autres créanciers: telle est la cause de ce privilège à l'égard duquel la loi n'entre dans aucun détail. Il semble, d'après la généralité des termes employés, devoir également s'appliquer, et aux personnes mêmes qui ont conservé la chose, pour le paiement de leurs salaires, et aux personnes quelconques qui auraient payé ces salaires, pour le recouvrement de leurs avances. Il n'est d'ailleurs assujetti à aucune condition de forme ou de possession. V. art. 2102-3°.

30 *bis*. I. Le créancier a fait des frais pour la conservation de la chose, il a soigné un animal malade, il a réparé des meubles, c'est-à-dire qu'en les rétablissant en bon état il les a vraiment conservés, puisque par son fait ces meubles sont restés propres à l'usage auquel ils étaient destinés. Ces divers frais ont profité à la masse des créanciers, car ils ont eu pour résultat la conservation du patrimoine du débiteur, qui est le gage commun de cette masse. Le

créancier a donc travaillé ou fait des avances pour la masse, voilà pourquoi il lui est préféré.

30 *bis*. II. Le privilège est donné à celui qui a conservé la chose et ne s'étend pas à celui qui l'a simplement améliorée. Le service en effet est moindre, et surtout la difficulté d'apprécier sur quelle valeur on pourrait faire porter le privilège serait considérable. Le privilège ne pourrait raisonnablement porter que sur l'amélioration même, la plus-value, et il serait très difficile de déterminer exactement le montant de cette plus-value.

Nous disons que le privilège ne saurait porter que sur la plus-value ; ce n'est plus l'hypothèse où il s'agit des frais de conservation et de réparation. Là, c'est tout ou rien : si les frais n'avaient point été faits, la chose aurait cessé d'exister et, ayant perdu toute son utilité, aurait perdu toute sa valeur. Dans le cas d'amélioration, l'existence de la chose n'était pas en question. Il y avait une valeur qui n'était pas menacée et qui seulement a reçu un certain accroissement. Si cet accroissement est peu important par rapport aux frais faits, donner un privilège à ces frais sur toute la chose, c'est détruire en partie le gage de la masse des créanciers ; celui qui a amélioré la chose, au lieu de conserver le gage commun, le diminuerait.

Quand la loi attribue un privilège à des frais d'amélioration, ce qu'elle fait à propos des immeubles, elle limite expressément le privilège à la plus-value résultant des travaux, mais elle prend en même temps des précautions pour qu'il soit possible d'arriver à la détermination exacte de cette plus-value (art. 2103-4°). Le silence de l'article 2102 sur les procédés à employer pour déterminer, en matière mobilière, la plus-value résultant des travaux d'amélioration prouve que cet article a bien eu l'intention de restreindre le privilège au seul cas de conservation.

Nous ferons remarquer toutefois que, d'après le système précédemment admis au n° 5 *bis* I-VI, celui qui a fait des frais d'amélioration jouirait du droit de rétention (1).

(1) V. C. C. 25 février 1878. *Pandectes françaises chron.*, t. VI. 1. 14.

IV.

Du privilège du vendeur.

31. Le vendeur ne consent à l'aliénation que sous la condition que le prix lui sera payé. C'est d'après cette vue que la loi attribue ici au vendeur d'effets mobiliers, dont le prix n'a pas été payé, deux droits bien distincts : 1° un privilège proprement dit qu'il exerce sur le prix de la revente ; 2° la revendication même des objets vendus.

31 *bis*. I. Le vendeur a mis l'objet vendu dans le patrimoine de l'acheteur, c'est-à-dire qu'il a augmenté le gage des créanciers de cet acheteur, il l'a augmenté en s'appauvrissant, mais il est devenu créancier d'un prix ; si ce prix ne lui est pas payé, la masse s'enrichit sans cause à ses dépens, et l'on pourrait dire que le prix ne lui est pas payé s'il s'établissait un concours, sur la valeur du bien vendu, entre le vendeur et tous les créanciers de l'acheteur. Le résultat de ce concours serait une iniquité que la loi a déjà prévenue en créant le privilège des frais de justice et celui des frais de conservation ; elle la prévient encore en constituant le privilège du vendeur.

31 *bis*. II. La raison même sur laquelle repose ce privilège démontre qu'il doit exister, quelle que soit la nature de la chose, corporelle ou incorporelle ; ainsi le vendeur d'une créance serait privilégié aussi bien que le vendeur d'un tableau. Il en est de même du vendeur d'un office public, sauf à réserver, sur le cas où le titulaire acheteur a subi une destitution, une question qui dépend plutôt des règles administratives que du droit civil proprement dit, et qui sortirait de notre cadre.

32. Le privilège proprement dit n'est assujetti, pour son existence ou sa conservation, à aucune condition particulière ; il n'importe à cet égard que le vendeur ait ou non suivi la foi de l'acheteur en lui accordant un terme. Seulement, les meubles n'ayant pas de suite, la durée du privilège est subordonnée à celle de la possession du débiteur. V. art. 2102-4°, al. 1.

32 *bis*. I. Le privilège est subordonné à la condition de la possession par l'acheteur, c'est-à-dire que la loi veut protéger le sous-acquéreur, celui au profit de qui l'acheteur aurait aliéné la chose. On doit voir dans cette décision une application des règles en vertu desquelles les meubles ne sont que rarement l'objet d'une action en revendication (art. 2279). Et de ce rapprochement entre l'article 2102 et l'article 2279 nous tirerons une conclusion, c'est que le sous-acquéreur ne doit être protégé qu'autant qu'il est de bonne foi, c'est-à-dire que s'il ignore que le vendeur n'a pas été encore payé par l'acheteur. Cette condition, qui est reconnue nécessaire dans les rapports entre deux prétendants à la propriété, doit être exigée dans les rapports entre un propriétaire et un créancier alléguant le droit réel de privilège.

32 *bis*. II. Nous apercevons une autre conséquence de la relation à établir entre l'article 2279 et notre article, c'est que l'aliénation du meuble par l'acheteur ne détruirait pas le privilège du vendeur si le meuble n'avait pas encore été livré au sous-acheteur. Cette solution, conforme au principe qui, entre deux acquéreurs successifs du même meuble, préfère le plus ancien quand aucun d'eux n'a été mis en possession, a de plus pour elle le texte même de l'article 2102. Ce texte, en effet, subordonne le privilège du vendeur à la possession par l'acheteur, et ne parle pas de l'aliénation que celui-ci aurait pu consentir.

32 *bis*. III. Nous arriverons enfin à une limitation de la solution donnée par la loi, en nous appuyant encore sur ce que cette solution n'est autre chose qu'une application du principe de l'article 2279. Nous dirons que le droit de privilège survit à l'aliénation par l'acheteur, tant que le sous-acheteur est débiteur du prix envers le premier acheteur. L'aliénation, en un mot, ne détruit pas le droit : le vendeur reste privilégié sur le prix de la revente. On peut s'étonner de cette décision et croire qu'elle sort des termes de l'article, mais il faut remarquer que, dans tous les cas, le privilège s'exerce effectivement sur le prix et non sur la chose elle-même. Le vendeur, comme tout autre créancier, a le droit de faire saisir et vendre le bien, et de se faire payer sur le prix; quelquefois même le bien aura été saisi par un autre, et le vendeur se présentera lors de la distribution des deniers provenant de la vente. Dans l'une et l'autre hypothèse, le privilège s'exerce effectivement, quoique le bien ait cessé d'appartenir à l'acheteur, il s'exerce sur le prix. Pourquoi en

serait-il autrement dans le cas de vente amiable ? De la revente est née une créance en faveur du débiteur ; cette créance, qui est dans son patrimoine, y est entrée au détriment de l'ancien vendeur, c'est lui qui l'a mise dans la masse ; car s'il n'avait pas autrefois vendu le meuble, le débiteur n'aurait pas pu revendre ce meuble et acquérir une créance contre le sous-acheteur. Il y aurait iniquité à ce que, sur cette créance, la masse concourût avec l'ancien vendeur ; cette iniquité ne nous est pas imposée par le texte, car il est constant qu'en subordonnant le privilège du vendeur à la possession du bien par l'acheteur, la loi a voulu protéger le sous-acquéreur contre les conséquences d'un droit de suite ; or ici le tiers acquéreur est désintéressé, puisque nous agitons une question de préférence entre les créanciers du premier acheteur.

32 *bis*. IV. Le privilège du vendeur est subordonné par le Code à cette condition unique, que l'acheteur soit en possession de la chose. L'article fait ressortir cette idée en ajoutant : « soit qu'il ait acheté à terme ou sans terme », réprouvant par là une distinction dont on aurait pu trouver le germe dans les règles du droit romain relatives au moment précis où le vendeur se trouve dépouillé de la propriété (§ 41 *Instit. de Justin.*, l. II, t. 1er). Cette distinction, qui se représentera à propos du droit de revendication que la loi accorde au vendeur de meubles, n'a pas sa place dans la théorie du privilège du vendeur.

32 *bis*. V. Les modifications que l'objet vendu a pu subir dans son état sont indifférentes au point de vue de l'existence du privilège, pourvu que cet objet soit reconnaissable, que son identité puisse être constatée.

Cependant, parmi les modifications qu'a pu subir l'objet vendu, il en est, d'une nature grave, sur lesquelles des distinctions deviendront nécessaires : ce sont les modifications qui auront fait du meuble un immeuble.

Quelquefois l'acte qui fait d'un meuble un immeuble est une véritable transformation, une destruction du meuble, qui perd son individualité et qui se confond désormais dans un objet immobilier. Si l'on a employé des pierres, des charpentes, du plâtre dans une construction, ces divers objets ont perdu leur existence propre, ils se confondent dans un tout, l'édifice ; il est impossible souvent de les discerner et de les reconnaître ; le privilège du vendeur de meu-

ble ne peut plus exister sur des objets qui sont devenus immeubles par nature.

32 *bis*. VI. Mais la question est plus délicate quand le meuble n'est devenu immeuble que par destination, lorsque, par conséquent, il ne se rattache à l'immeuble que par un lien fictif, ou par un lien peu solide quand il n'est pas fictif, et que dans tous les cas il n'est pas difficile de le distinguer ou de le séparer de l'immeuble dont il fait partie : s'il s'agit, par exemple, d'animaux attachés par le propriétaire à la culture, ou de machines à vapeur qu'il a placées sur le fonds pour son service et son exploitation (art. 524). La difficulté vient de ce que ces objets sont juridiquement confondus avec l'immeuble, et que n'ayant plus d'individualité juridique, ils paraissent ne pas pouvoir être l'objet d'un privilège qui les frapperait indépendamment du fonds. Nous pensons toutefois que le vendeur n'aurait pas perdu son droit, parce que la confusion entre le meuble et le fonds n'existe que d'une façon intellectuelle et abstraite, qu'elle peut être en fait très aisément détruite, et que la solution en faveur du vendeur étant essentiellement équitable, on doit être heureux de ne pas la trouver expressément combattue par le texte. Loin de là, le texte lui est favorable, puisqu'il exige seulement que l'acheteur soit en possession, et c'est ce que nous supposons : l'acheteur possède en même temps le fonds et le meuble qui y a été attaché. Nous restons par cette décision dans le courant des idées du législateur, car la création du privilège du vendeur a pour but d'éviter le concours inique des créanciers de l'acheteur avec le vendeur, sur la valeur mise par celui-ci dans la masse. Cette iniquité apparaîtrait aussi clairement dans l'hypothèse qui nous occupe que dans celle dont nous avons précédemment traité.

32 *bis*. VII. La question peut cependant encore se compliquer. Nous venons de placer le vendeur du meuble immobilisé en présence des créanciers chirographaires de l'acheteur. Il pourrait se trouver en conflit avec des créanciers hypothécaires, et il faudrait tenir compte de l'article 2133, où il est écrit que l'hypothèque s'étend aux améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué. Sur le prix de l'immeuble, le créancier hypothécaire prime certainement le créancier vendeur de meuble; on peut croire, par conséquent, qu'il aura la même priorité sur le prix de l'objet vendu, considéré désormais comme un accroissement de l'immeuble

hypothéqué. Nous dirons cependant qu'il ne saurait en être ainsi, au moins sans distinction. En effet, l'article 2133 ne doit pas être entendu lui-même d'une façon absolue. Si l'accroissement de l'immeuble hypothéqué résulte de l'annexion d'un terrain voisin, les créanciers qui avaient un privilège ou une hypothèque sur ce terrain ajouté primeront les créanciers qui avaient une hypothèque sur l'immeuble augmenté. Il suffira, pour qu'il en soit ainsi, que le privilège ou l'hypothèque sur le terrain annexé ait été régulièrement annoncée au public ou tenue pour annoncée dans les conditions exigées par la loi. De même, quand un immeuble a reçu un accroissement par suite de travaux de construction, les créanciers hypothécaires sont primés par le constructeur, pourvu qu'il ait rempli certaines conditions destinées à prévenir les tiers de l'existence de son droit. L'article 2133 ne signifie donc pas que, toujours, les créanciers hypothécaires profitent des améliorations survenues, sans tenir compte des droits de ceux qui ont fait ces améliorations. L'hypothèque s'étend aux améliorations : voilà ce que dit l'article; mais quel est le rang de ce droit d'hypothèque qui frappe les accroissements de la chose? Voilà un autre point sur lequel le texte de l'article 2133 nous laisse toute latitude.

Partant de cette idée, nous dirons : l'immobilisation du meuble vendu ne nous a pas paru détruire le privilège du vendeur à l'encontre des créanciers chirographaires ; nous devons le considérer comme ne détruisant pas non plus ce privilège à l'encontre des créanciers hypothécaires. Seulement il ne faut pas que les créanciers hypothécaires soient victimes de leur ignorance touchant le privilège du vendeur ; ils ont compté sur l'augmentation survenue au bien qui était leur gage, ils n'ont pas poursuivi peut-être le débiteur alors qu'il était encore solvable, et s'il en est ainsi, la cause du privilège n'existe pas, car la valeur mise à la masse par le vendeur ne leur a pas profité. Il faut donc que les créanciers hypothécaires n'aient pas été trompés. Comme il n'y a pas ici à organiser une publicité, puisqu'il s'agit d'un privilège sur un meuble, nous dirons que les créanciers hypothécaires primeront le vendeur quand ils seront de bonne foi par rapport à son privilège, c'est-à-dire quand il ne sera pas démontré qu'ils en ont connu l'existence. C'est au vendeur de meubles à prévenir les créanciers hypothécaires avant l'introduction du meuble sur le fonds, pour empêcher ceux-ci de compter sur l'augmentation apparente de leur gage.

32 *bis*. VIII. Nous ne raisonnons, bien entendu, que sur le conflit entre le vendeur et des créanciers hypothécaires antérieurs à l'immobilisation du meuble vendu; si les hypothèques étaient nées postérieurement à cette immobilisation, le privilège du vendeur n'aurait pas sa raison d'être; car l'immeuble était déjà accru par le fait du vendeur quand l'hypothèque est née; les créanciers ont dû compter sur la valeur totale de l'immeuble, et par conséquent la valeur mise dans le patrimoine par le vendeur n'a pas profité à ces créanciers, puisqu'elle a, au contraire, servi à leur inspirer confiance dans le gage hypothécaire qu'ils auraient peut-être refusé sans cet accroissement. Le droit du vendeur serait perdu comme il l'est au cas d'aliénation du meuble vendu.

33. Quant au droit de revendiquer, c'est un vestige de l'ancien principe qui suspendait la transmission de la propriété jusqu'au paiement du prix, pourvu néanmoins que le vendeur n'eût pas suivi la foi de l'acheteur (v. Just., *Instit.*, § 41, *De rer. div.*). Aussi s'applique-t-il uniquement au cas de vente faite sans terme. Ce droit est d'ailleurs subordonné à trois conditions; il faut : 1° que les choses soient encore en la possession de l'acheteur (v. à ce sujet art. 2279); 2° que la revendication soit faite dans la huitaine de la livraison; 3° que les choses soient *dans le même état*. V. art. 2102-4°, al. 2.

33 *bis*. I. Le privilège n'est pas le seul droit accordé au vendeur par l'article 2102. Cet article consacre le droit de *revendication*.

Nous devons rappeler, du reste, qu'au titre de la *Vente* nous avons vu deux autres droits accordés au vendeur et qui sont destinés à assurer sa créance du prix. Ces droits sont : le droit de *résolution* (1) (art. 1654 et 1184) et le droit de *rétention* (2) jusqu'au paiement du prix, lorsque le vendeur n'a pas accordé de terme à l'acheteur (art. 1612).

33 *bis*. II. Le droit de revendication dérive du droit de rétention. Il ne s'agit pas en effet ici d'une revendication proprement dite, appuyée sur le droit de propriété. Le vendeur revendique son gage.

(1) V. t. VII, n° 99 *bis*. I.
(2) V. t. VII, n° 44 *bis*. I.

puisqu'il a vendu sans terme, c'est une des conditions de l'existence du droit de revendication, il pouvait retenir la chose jusqu'au paiement (art. 1612). Il a livré par erreur, par imprudence; il craint que l'acheteur n'aliène la chose, ce qui détruirait même son privilége; il veut la reprendre pour se replacer dans la situation avantageuse que lui faisait l'article 1612, c'est-à-dire pour recouvrer la rétention.

L'action qui tend à ce but peut bien être qualifiée action en revendication, puisque déjà dans le même article 2102 l'action du bailleur sur les meubles du locataire est ainsi qualifiée. Certes, on ne dira pas que le bailleur se prétende propriétaire des meubles de son locataire quand il veut les ressaisir après un déplacement; le bailleur veut recouvrer son gage, il revendique son gage.

33 *bis*. III. En consacrant le droit de revendication du vendeur avec le caractère que nous venons de lui attribuer, le Code civil n'a pas fait autre chose que de reproduire une doctrine ancienne en la rajeunissant, c'est-à-dire qu'il arrive au même résultat que le droit ancien, qu'il donne à l'action dont il s'agit le nom qu'elle portait autrefois, mais qu'il en modifie le caractère, parce que les principes sur lesquels s'appuyaient les anciens jurisconsultes en qualifiant cette revendication ont été abandonnés par la législation moderne. On trouvait en effet dans la coutume de Paris (art. 176) que le vendeur sans terme peut poursuivre sa chose, en quelque lieu qu'elle soit transportée, pour être payé du prix qu'il l'a vendue. Les jurisconsultes expliquaient que le vendeur sans terme poursuivait sa chose, parce que n'ayant pas été payé, il était resté propriétaire (*Inst. Justin.*, § 41, l. II, t. 1er); ils ajoutaient que son but était de demeurer saisi de la chose jusqu'au paiement.

Aujourd'hui le but est le même, le vendeur veut reprendre sa chose et en demeurer saisi jusqu'au paiement; seulement le fondement de son action est différent. On ne peut plus dire qu'il revendique comme propriétaire, car la convention a transféré la propriété à l'acheteur, alors même que le prix n'a pas été payé. L'article 1583 attache cet effet à la vente, sans distinguer si elle a été faite avec ou sans terme. Le Code a donc été obligé de chercher une autre base à son action en revendication; elle n'était pas difficile à trouver : comme nous l'avons dit, cette action s'appuie sur l'article 1612; elle est une revendication du droit de rétention.

33 *bis*. IV. Les conditions auxquelles l'article 2102-4° subordonne le droit de revendication découlent du caractère que nous reconnaissons à ce droit. Il faut : 1° que la vente ait été faite sans terme, puisque la revendication s'appuie sur l'article 1612, et que cet article ne s'applique qu'aux ventes sans terme ; 2° que la revendication soit intentée dans la huitaine, parce que l'expiration d'un délai plus long ferait supposer que la livraison n'a pas eu lieu par erreur, mais en vertu d'une convention tacite de terme ; quant à la troisième condition, celle qui est relative à l'état des meubles vendus, elle a pour objet d'assurer l'identité de la chose vendue et de la chose revendiquée.

33 *bis*. V. Ainsi présenté, le droit de revendication ne peut être confondu avec le droit de résolution. On a soutenu pourtant que ces deux droits n'en faisaient qu'un. On a dit : Dans le système du Code civil, qui ne suspend pas la translation de propriété jusqu'au paiement du prix, le vendeur ne saurait revendiquer, c'est-à-dire se prétendre propriétaire de la chose vendue, qu'en faisant résoudre la vente faute de paiement du prix. L'article 2102 suppose donc un cas de résolution et réglemente la résolution au cas de vente de meuble. On rencontre cependant une objection tirée de ce que cette prétendue réglementation est une restriction du droit ; car, tandis que l'article 1654 admet sans distinction la résolution pour les ventes avec ou sans terme, l'article 2102 ne l'admettrait que pour ces dernières ventes ; de plus, l'article 1654 établit un droit qui dure trente ans, et l'article 2102 le limite à huit jours. On répond à cette objection qu'il existe bien une contradiction entre l'article 2102 et l'article 1654, mais on établit qu'ils régissent deux hypothèses différentes, et que par conséquent la contradiction n'est qu'apparente. L'article 1654 règle, dit-on, les rapports du vendeur et de l'acheteur ; l'article 2102 dans le titre des *Privilèges* règle les rapports du vendeur et des créanciers de l'acheteur : c'est dans l'intérêt de ces tiers, à qui le meuble vendu a pu inspirer confiance, que le droit de résolution a été renfermé dans des limites si étroites.

33 *bis*. VI. Plusieurs raisons combattent contre cette doctrine, qui confond l'action en résolution avec l'action en revendication.

D'abord, il serait étrange que l'article 2102, dont le but est de sanctionner les créances qu'il énumère, de leur accorder des garan-

ties, eût pour résultat de diminuer notablement un droit important établi en faveur des vendeurs par l'article 1654, qui ne fait lui-même qu'appliquer la règle plus générale de l'article 1184. Bien plus, la rédaction de l'article 2102 proteste aussi bien que son esprit contre l'interprétation qu'on veut donner à sa disposition. En effet, le paragraphe relatif à la résolution s'exprime ainsi : « Le vendeur peut *même* revendiquer », ce qui manifeste chez le législateur l'intention d'ajouter aux droits de ce vendeur, et ce qui exclut toute idée d'une restriction apportée à des droits précédemment reconnus. Si l'on s'était placé à ce point de vue restrictif, l'article aurait porté des traces de cette intention et aurait dû dire : « Le vendeur ne peut revendiquer que si la vente a été faite sans terme, etc. »

Une autre observation doit être faite sur le texte de l'article. Il indique clairement le but et le résultat de cette revendication : revendiquer... et en empêcher la revente. Il ne s'agit pas d'anéantir la vente qu'il a faite : tel serait le résultat d'une résolution, mais simplement d'empêcher la revente, c'est-à-dire l'acte qui détruirait jusqu'au privilège du vendeur et au droit d'obtenir efficacement la résolution du contrat.

Secondement, si l'on examine le fond de la disposition, on n'aperçoit pas pourquoi la loi restreindrait la résolution des ventes de meubles aux ventes sans terme, quand pour tous les autres contrats elle néglige cette distinction. Pour l'application de l'article 1184, il n'importe qu'un terme ait été ou non accordé. Le motif qui permet à celui qui est devenu en même temps créancier et débiteur de refuser l'exécution de son obligation, ou de revenir sur cette exécution quand le cocontractant manque à ses engagements, existe aussi bien dans les contrats à terme, après l'expiration du terme, que dans les contrats sans terme, au moment même de la convention.

Il serait également difficile d'expliquer pourquoi le délai de l'action en résolution, qui est ordinairement de trente ans, se trouverait réduit à huit jours, à propos des ventes de meubles, alors que cette action ne saurait menacer les tiers acquéreurs et se trouve nécessairement limitée au temps pendant lequel l'acheteur conserve la possession de la chose.

On veut cependant expliquer ces restrictions et en même temps mettre en harmonie les articles 1654 et 2102, en disant que dans

le premier des articles on a songé aux droits du vendeur contre l'acheteur, et dans le deuxième, à ses droits contre les tiers créanciers de l'acheteur. C'est dans l'intérêt de ceux-ci que l'action en résolution serait soumise à des conditions rigoureuses, parce qu'ils ont eu juste sujet de croire que la chose vendue serait leur gage.

Cette explication et cette conciliation sont inadmissibles, car le législateur, s'il avait eu cette pensée, aurait singulièrement négligé les intérêts qu'il voulait protéger. Il aurait armé les créanciers contre le droit de résolution, restreint dans son exercice à des cas très rares ; mais il les aurait laissés désarmés en présence du droit de privilège. Ce droit en effet s'exerce, cela n'est pas douteux, aussi bien quand la vente est à terme que quand elle est sans terme ; il n'est pas perdu par l'expiration du délai de huit jours. Par conséquent, les créanciers de l'acheteur, primés par le privilège, n'auraient pas leur gage assuré, quand bien même la loi aurait, dans certaines hypothèses, détruit le droit de revendication.

33 *bis*. VII. Le vendeur peut donc user dans tous les cas du droit de résolution, et en outre, dans les cas prévus par l'article 2102-4°, il peut revendiquer. Il peut même commencer par la revendication et demander ensuite la résolution : tout dépendra de son intérêt, dont il sera juge en appréciant les circonstances.

La revendication aura pour lui cet avantage qu'elle opérera rapidement, sans délai, car ce n'est point, à proprement parler, une action en justice ; c'est une mesure conservatoire qui, dans son exercice, ressemble à une mesure d'exécution et qui s'appelle la saisie-revendication (art. 826 C. Pr.). Une fois le meuble ainsi arrêté, le vendeur ne craindra pas les déplacements et les aliénations.

Il pourra donc en toute sécurité demander à son choix, ou l'exécution du contrat, ou sa résolution. S'il ne veut pas redevenir propriétaire de la chose, s'il tient au marché qu'il a fait, il poursuivra le paiement du prix en offrant la livraison de la chose ; s'il trouve son avantage à reprendre définitivement la chose vendue, il demandera la résolution.

34. Le privilège du vendeur, quoiqu'il ait son origine dans le droit sacré de propriété, ne prime cependant pas celui du

locateur. Il suffit que les meubles ou autres objets garnissent la maison ou la ferme, pour que celui-ci soit autorisé à les considérer comme appartenant pleinement à son locataire, qui en a la possession (v. art. 2279) ; mais on peut lui prouver qu'il a su, au contraire, que ces effets *n'appartenaient pas au locataire,* c'est-à-dire qu'ils ne lui appartenaient que sauf le privilège du vendeur ; auquel cas le droit antérieur du vendeur devrait prévaloir. V. art. 2102-4°, al. 3 ; v. pourtant article 2102-1°, al. 4.

35. Observons que les droits du vendeur sont autrement réglés en matière commerciale, relativement aux ventes de marchandises dont le prix est dû par un failli. Il existait à cet égard différents usages auxquels le Code civil n'a pas dérogé. V. art. 2102-4°, al. 4 ; mais v. C. comm., art. 576-578.

Aux termes de ces articles, le vendeur de marchandises (1) peut, en cas de faillite de l'acheteur, les revendiquer après l'expédition, mais seulement jusqu'à l'entrée en magasin ou la revente faite sans fraude (art. 576) ; il peut, à plus forte raison, les retenir avant la délivrance ou expédition (art. 577) ; sauf dans les deux cas, pour les créanciers, le droit d'exiger la livraison en payant le prix convenu (art. 578).

Il est clair que le vendeur de marchandises n'a pas pour le paiement du prix d'autre privilège.

Bien plus, à l'égard de tous autres effets mobiliers vendus à un commerçant, la faillite de l'acheteur exclut l'application tant du privilège que du droit de revendication accordés par le Code civil. (C. comm., art. 550.)

(1) La loi, à cet égard, ne distingue pas si la vente a été faite ou non sans terme.

V.

Du privilège de l'aubergiste.

36. L'aubergiste, exposé par sa profession à fournir à tout venant, et sans pouvoir s'enquérir de la solvabilité, les nécessités de la vie, méritait pour sa créance une protection particulière : la loi y pourvoit en affectant spécialement au paiement des fournitures les effets du voyageur ; c'est là, comme on voit, une espèce de nantissement tacite qui doit reposer sur la possession, et qui, en conséquence, s'applique uniquement aux effets transportés dans l'auberge. V. art. 2102-5°.

36 *bis*. I. L'aubergiste a reçu un gage tacite, son droit dépend donc de la possession du gage : il peut dès lors retenir les objets tant qu'il n'est pas payé, mais il perd son privilège quand il est dessaisi des objets qui ont été apportés dans son auberge.

Il pourrait seulement, comme fournisseur de subsistances, prétendre à un privilège général, et s'il avait fourni la nourriture de chevaux ou de bestiaux, il aurait sur ces animaux le privilège de celui qui a fait des frais de conservation. Ces deux privilèges n'auraient pas pour lui les mêmes avantages que son privilège spécial d'aubergiste. Ainsi le privilège de fournisseur de subsistances ne comprendrait pas toutes les dépenses faites à l'hôtellerie, notamment les dépenses de luxe ; en outre, dans une certaine opinion sur le classement des privilèges, il viendrait en moins bon rang que le privilège propre de l'aubergiste. Quant au privilège fondé sur la conservation des animaux, il ne vaudra pas le privilège de l'aubergiste, parce qu'il porte sur l'animal exclusivement, qui peut avoir péri ou être détérioré, tandis qu'en qualité d'aubergiste le créancier aurait privilège, même pour les fournitures faites aux bestiaux, sur tous les autres objets apportés dans son auberge.

36 *bis*. II. L'aubergiste comme le bailleur exerce son privilège sur les objets qu'il a en sa possession en qualité de gagiste, sans distinguer selon qu'ils appartiennent ou non au débiteur, pourvu toutefois qu'il ait ignoré que l'objet appartenait à autrui ; c'est la théorie de l'article 2279, dont l'application se justifie ici, par cette

idée que l'aubergiste n'a pas pu éviter de compter sur les meubles dont il voyait que le voyageur était en possession.

VI.

Du privilège du voiturier.

37. Ce privilège semble reposer sur les mêmes principes que le précédent; il s'applique aux frais de voiture et aux dépenses accessoires sur la chose voiturée. V. art. 2102-6°.

37 *bis*. I. La créance privilégiée comprend les frais de transport, les dépenses faites à l'occasion d'avaries survenues à la chose, et certaines avances que le voiturier se trouve souvent dans la nécessité de faire, comme celles des droits de douane, d'octroi, etc.

Le privilège s'applique sans aucun doute à tous ceux qui se chargent des transports et que le Code civil a réunis sous la dénomination de voituriers par terre ou par eau (art. 1782).

37 *bis*. II. Nous n'avons pas été embarrassé pour donner la raison d'être des autres privilèges; mais quant au privilège du voiturier, l'hésitation est possible. On peut en effet l'expliquer de deux manières, et il ne sera pas indifférent de lui trouver tel ou tel principe.

On a dit que le voiturier a augmenté la valeur de la chose et qu'il a mis une valeur dans la masse; on le rapproche ainsi d'un vendeur ou d'un créancier pour frais de conservation.

On peut le rapprocher, au contraire, de l'aubergiste, et considérer le privilège comme étant fondé sur le gage.

L'intérêt de la question portera sur le point de savoir si le privilège suppose la possession.

La première idée, celle qui fait dériver privilège de ce que le voiturier a créé une valeur, s'appuie sur ce que le Code n'exige pas textuellement que le voiturier soit en possession; néanmoins nous ne pensons pas que telle soit l'idée du législateur.

Nous l'avons dit, en effet, en matière de meuble, le Code n'admet pas de privilège pour les frais d'amélioration comme il en a établi un pour les frais de conservation. Aurait-il exceptionnellement admis un privilège fondé sur l'amélioration en faveur du voiturier, il faudrait qu'il l'eût au moins restreint à la valeur ajoutée

par le transport à la chose transportée, que ce privilège portât seulement sur la plus-value, autrement le voiturier s'enrichirait sans cause au détriment des autres créanciers. Si par le transport il a donné à un objet qui valait 100 francs une plus-value de 20 fr., pourrait-il sans iniquité réclamer, par exemple, 25 francs pour frais de transport? Le gage des autres créanciers serait alors diminué de 5 francs par suite du transport.

La loi, en ne restreignant pas le privilège à la plus-value, a montré que ce privilège n'est pas fondé sur l'amélioration.

Il y a plus : dans certains cas, le transport aura fait perdre à la chose une partie de sa valeur, nous voulons dire de sa valeur vénale, la seule apparemment qui intéresse la masse des créanciers. Si un savant fait transporter une bibliothèque de livres rares dans une propriété éloignée de tout grand centre intellectuel, n'est-il pas évident qu'au point de vue de la vente de cette bibliothèque il lui a fait subir une dépréciation? Car elle ne saurait se vendre désormais sur place, elle ne trouverait pas d'acheteurs sérieux ; le prix à espérer d'une vente décroîtrait en vertu de la loi économique de l'offre et de la demande. Sans même supposer un déplacement aussi considérable, nous pouvons raisonner en vue d'objets transportés dans une même ville. Quand, à Paris, des meubles, même d'un usage courant, sont transportés à l'hôtel des commissaires-priseurs pour y être vendus, n'est-ce pas parce que les intéressés espèrent, et ils ne se trompent pas souvent, qu'ils trouveront là un plus grand concours d'acheteurs et qu'ils vendront mieux? Ils consentent, à raison de cela, à risquer des frais de transport, d'emmagasinage et de location de salle de vente. Si leur calcul est exact, on peut affirmer que le transport en sens inverse, c'est-à-dire de l'hôtel des commissaires-priseurs jusque chez un acheteur dans la même ville, aura souvent déprécié la chose; car, pour la revendre aussi avantageusement, il faudrait de nouveau la faire revenir dans le lieu où se font les ventes publiques.

Pour les marchandises proprement dites, on les a vues, par l'encombrement des marchés, se vendre moins cher, après leur transport dans un lieu de consommation, qu'elles ne s'étaient vendues sur le lieu de production : ce fait se manifeste quand un trop grand nombre de négociants ont eu au même moment la pensée d'amener des marchandises dans un lieu déterminé, ce qui fait

qu'elle y est offerte et non demandée, d'où résulte une baisse des prix.

Ces observations démontrent, ce nous semble, l'impossibilité d'expliquer le privilège du voiturier par l'idée d'amélioration, et impliquent qu'il s'appuie sur le nantissement.

Il est vrai qu'on trouve cette doctrine dangereuse pour le voiturier, que des circonstances assez impérieuses obligent souvent à livrer sans être payé; on peut regretter par conséquent que le Code n'ait pas assigné un délai pendant lequel le voiturier pourrait revendiquer son gage; mais il n'y a pas une raison suffisante pour donner indéfiniment le privilège, alors surtout que dans une hypothèse analogue, mais plus favorable, la loi, faisant durer le privilège après la livraison, l'a déclaré éteint quinze jours après la livraison (art. 307 C. comm.). Il s'agit du capitaine de navire; la loi a dû lui accorder un privilège après qu'il était dessaisi, parce qu'il n'a pas le droit de garder les marchandises à son bord (art. 306 C. comm.); mais d'abord elle a cru devoir s'exprimer sur l'extension du privilège, et ensuite elle n'a admis cette extension que pour quinze jours, d'où l'on peut conclure que le voiturier proprement dit ne saurait avoir un privilège qui pourrait être exercé pendant un temps indéfini.

VII.

Du privilège sur le cautionnement des fonctionnaires publics.

38. En désignant à la confiance publique les fonctionnaires auxquels les particuliers sont souvent forcés de remettre leurs intérêts, la loi a dû offrir à la société une garantie contre les abus ou prévarications dont ces fonctionnaires pourraient se rendre coupables. C'est dans ce but qu'elle exige d'eux le versement, dans une caisse publique, d'un cautionnement dont le capital et les intérêts sont affectés par privilège à l'acquittement des condamnations qu'ils peuvent encourir soit envers l'État, soit envers des particuliers, pour *faits de charge*. V. art. 2102-7°; v., à ce sujet, L. 25 ventôse an XI, art. 33.

38 *bis*. I. Certains fonctionnaires et certains officiers publics sont astreints à déposer dans les caisses de l'Etat une somme affectée à

la garantie des créances résultant d'abus et prévarications commis dans l'exercice de leurs fonctions. C'est un gage qui doit être déposé par eux, avant leur entrée en fonction, pour assurer le paiement de créances qui ne naîtront peut-être jamais.

Ces fonctionnaires sont d'abord les comptables des deniers publics (v. art. 3, L. du 5 sept. 1807) ; puis des officiers publics, qui ne sont pas à proprement parler des fonctionnaires, et dont les principaux sont les avocats à la Cour de cassation, les notaires, les avoués, les greffiers, les huissiers, les commissaires-priseurs, les agents de change.

38 *bis*. II. Le privilège garantit exclusivement les créances pour *faits de charge*, c'est-à-dire qu'il n'appartient qu'aux créanciers qui ont souffert d'actes, que le débiteur a faits comme fonctionnaire ou comme officier public. Contre les officiers publics, il sera surtout invoqué par des particuliers qui auront eu recours à leur ministère: mais il appartiendrait également à l'État, créancier d'amendes encourues par l'officier, à propos des actes de sa profession. Le texte est assez large pour embrasser ces créances, et l'on aurait peine à comprendre comment le législateur aurait destitué l'État d'une garantie qu'il accorde aux particuliers. Tout ce qu'on peut dire par analogie de l'article 2202, c'est qu'en cas de concours entre un particulier lésé et l'État, créancier d'amende, l'État ne viendrait qu'en seconde ligne; encore ce point pourrait-il être contesté, parce que le fait qui a entraîné la condamnation à l'amende est bien un manquement dans l'exercice des fonctions, rentrant dans les mots larges : *abus, prévarications*. On en pourrait conclure que l'État et le particulier lésé ont un droit égal, puisqu'ils s'appuient tous deux sur la disposition de l'article 2102-7°. Un raisonnement d'analogie, tiré de l'article 2202, est peut-être insuffisant pour déroger à la règle générale de l'article 2097.

VIII.

Autres privilèges sur certains meubles.

39. A l'occasion du privilège établi par le Code civil sur le cautionnement des fonctionnaires, on ne peut omettre de mentionner aussi le privilège de second ordre auquel les lois spé-

ciales affectent sous certaines conditions le même cautionnement, en faveur des personnes qui en auraient fourni les fonds en tout ou en partie. V. L. 25 nivôse an XIII; L. 6 ventôse an XIII; Décr. 28 août 1808; Décr. 22 décembre 1812.

39 *bis*. I. Ce privilège doit être rapproché du précédent, parce qu'il frappe le cautionnement des fonctionnaires publics; mais il en diffère, parce qu'il a un tout autre fondement. Ce n'est pas un privilège de gagiste; il appartient à des créanciers qui ont mis une certaine valeur dans la masse, et qui doivent être pour cela préférés à cette masse.

Il s'agit des bailleurs, c'est-à-dire des prêteurs des fonds du cautionnement. Le fonctionnaire a emprunté les fonds qu'il a déposés dans les caisses de l'État, il a acquis une créance contre l'État en restitution de son cautionnement au cas de cessation de ses fonctions. Cette créance est une valeur qui augmente son actif, et qui a pour cause le dépôt de la somme empruntée; donc la créance a été réellement mise à la masse par le prêteur, et celui-ci doit être sur cette créance préféré à tous.

Il faut s'entendre, toutefois; il est préféré à tous excepté aux créanciers pour faits de charge; car si ceux-ci étaient primés par le prêteur de deniers, il n'y aurait plus de cautionnement : la garantie des tiers serait purement nominale. Le prêteur a donc consenti à ce que les créances pour faits de charge passassent avant la sienne; c'est pourquoi son privilège est qualifié privilège de second ordre; il donne la priorité sur tous les créanciers autres que les créanciers dont les droits sont nés d'abus ou prévarications dans l'exercice des fonctions.

39 *bis*. II. Tel qu'il est, ce privilège présente une grande utilité, parce qu'il rend accessibles les fonctions pour lesquelles le cautionnement est exigé aux candidats qui n'ont pas de fortune personnelle, mais qui inspirent confiance à des capitalistes, par leur honnêteté et leur aptitude professionnelle. Il donne des garanties sérieuses au prêteur, et néanmoins les créanciers pour faits de charge ont les mêmes sûretés que si le cautionnement avait été fourni par le titulaire lui-même.

40. Il n'entre point dans notre plan de comprendre ici divers autres privilèges sur certains meubles, dont le Code civil n'a

point parlé : les uns, établis et réglés par le Code de commerce, appartiennent au droit commercial ; d'autres, établis par des dispositions particulières, se rattachent à des matières qui ne sont pas non plus du ressort du droit civil (1). Il en est autrement du privilège du trésor public, dont notre Code lui-même mentionne l'existence en renvoyant aux lois qui le concernent. C'est donc ici le lieu de ranger le privilège pour le paiement de la contribution foncière, qui s'exerce avant tous autres sur les fruits des biens sujets à la contribution. V. L. 12 novembre 1808.

§ III.

Dans quel ordre s'exercent les privilèges sur meubles.

41. Le rang des divers privilèges généraux entre eux est déjà connu (v. art. 2101). A l'égard des privilèges particuliers, la loi règle aussi, dans l'article 2102, l'ordre de préférence entre le privilège du locateur et celui du vendeur d'effets mobiliers. Ce dernier n'est préféré que dans deux cas : 1° sur les récoltes pour le prix des semences, et sur les ustensiles aratoires pour le prix de ces ustensiles ; 2° sur tout autre objet vendu, lorsque le locateur savait que le prix n'en était pas payé.

Il paraît que la loi préfère aussi au locateur, sur les ustensiles, les sommes dues pour leur réparation ; et, sur les récoltes, les frais de semences autres que le prix d'achat, comme les frais mêmes de la récolte (art. 2102-1°, al. 4).

42. Le privilège du locateur ne peut évidemment se trouver en concurrence avec ceux du gagiste, de l'aubergiste ou du voiturier, si ce n'est pourtant en cas de déplacement.

Il n'y a pas lieu non plus (sauf peut-être encore le cas de déplacement) à concours entre ces trois derniers privilèges.

Enfin, il est clair que le privilège sur le cautionnement,

(1) V. notamment Décr. 12 décembre 1806 qui accorde aux sous-traitants un privilège sur les sommes à payer aux entrepreneurs pour fournitures aux armées.

pour *faits de charge,* ne peut concourir avec aucun des privilèges particuliers énoncés dans le Code civil. Son rang, à l'égard des bailleurs de fonds, est réglé par la loi du 25 nivôse an XIII, art. 1.

Quant au privilège du trésor public, son rang est clairement déterminé par les lois qui l'établissent.

43. Il resterait à régler, dans le silence de la loi :

1° Le rang des privilèges généraux, comparativement à chacun des privilèges particuliers ;

2° Entre les privilèges particuliers :

Le rang du privilège des frais faits pour la conservation de la chose, comparativement à tous les autres, celui du cautionnement excepté ;

Le rang du privilège du vendeur à l'égard du gagiste, de l'aubergiste et du voiturier ;

Enfin, en cas de déplacement des objets qui par événement seraient passés, soit de la maison ou ferme qu'ils garnissaient, en la possession du gagiste, de l'aubergiste ou du voiturier ; soit de la possession d'un de ces derniers en la possession d'un des deux autres, ou dans les lieux tenus à ferme ou à loyer, il s'agit de savoir qui, du locateur, du gagiste, de l'aubergiste ou du voiturier, devrait obtenir la préférence.

44. A cet égard, d'abord, il ne paraît pas possible de s'arrêter à l'idée émise par quelques-uns, qui, en cas de rencontre sur un même objet d'un privilège général et d'un privilège spécial, voudraient déterminer leur rang respectif en raison de la généralité de l'un et de la spécialité de l'autre.

Indépendamment des résultats bizarres qu'amènerait ce système, dans lequel il serait surtout difficile d'expliquer les articles 661 et 662 du Code de procédure, il suffit, pour le repousser, d'argumenter *a contrario* de l'article 2105 qui le consacre seulement pour les immeubles.

45. La même absurdité dans les résultats, jointe à l'argument *a contrario,* tiré de l'article 2101, ne permet pas non plus, pour régler le rang des privilèges spéciaux soit entre

eux, soit comparativement aux priviléges généraux, de s'attacher à l'ordre d'énumération.

46. Un seul parti reste donc à prendre, c'est de remonter au principe d'établissement des divers priviléges, et de classer chacun suivant la faveur de sa cause.

47. Avant d'établir à cet égard aucun système, il convient de remarquer que tous les priviléges dont on a parlé se rattachent à l'une de ces quatre causes :

1° Dépenses faites dans l'intérêt de la masse des créanciers, ce qui comprend les frais de justice et les frais faits pour la conservation de la chose ;

2° Nantissement expressément ou tacitement convenu, ce qui comprend les priviléges du locateur, du gagiste, du voiturier et de l'aubergiste, et le privilége sur le cautionnement pour *faits de charge ;*

3° *Propriété* conservée sous certains rapports, ce qui comprend le privilége du vendeur sur la chose vendue et celui du bailleur de fonds sur le cautionnement ;

4° Faveur attachée à certaines créances pour des motifs d'humanité et d'ordre public, ce qui comprend les quatre derniers numéros de l'article 2101.

48. Cela posé, il nous semble que l'équité réclame évidemment la priorité pour les priviléges fondés sur l'intérêt de tous, car nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui. Cependant ce principe doit lui-même fléchir devant la règle de notre droit civil qui, pour la sûreté du commerce, fait prévaloir à l'égard des meubles la possession de bonne foi sur les droits les plus sacrés. Nous pensons d'après cela que les priviléges fondés sur le nantissement l'emporteront en général sur tous les autres, toutes les fois que le créancier nanti n'aura pas eu connaissance de la cause de préférence qui peut militer en faveur d'un autre créancier. Mais dans le cas de cette connaissance, nous n'hésitons pas à lui préférer, en première ligne, le privilége des frais faits pour l'intérêt de tous, et par conséquent pour le sien propre ; en seconde ligne, le privilége du vendeur,

qui repose sur le principe sacré de la propriété. Ce n'est qu'en quatrième ligne que nous placerions les privilèges attachés à la faveur de la créance.

49. C'est sur ces bases que doit être établi, avec plus de développements, l'ordre de chacun des privilèges soit généraux, soit particuliers (1). On aperçoit déjà qu'à la réserve des frais de justice, qui peuvent être faits pour l'intérêt même des privilèges particuliers, nous ne placerons qu'après ceux-ci les privilèges généraux, qui, en raison même de leur étendue, méritent moins de faveur. Nous tirons, d'ailleurs, à cet égard, argument de l'article 2119, des articles 661 et 662 du Code de procédure, et argument *a contrario* de l'article 2105.

49 *bis*. I. La première question qui se présente sur l'ordre des privilèges, après qu'on a constaté que les dispositions du Code sont absolument insuffisantes, est celle de savoir si l'on peut *a priori* établir un ordre, en considérant les privilèges non pas individuellement, mais par classes, en tenant compte tout d'abord de leur caractère de privilèges spéciaux ou de privilèges généraux. La loi dit bien qu'entre créanciers privilégiés la préférence se règle par la différente qualité des privilèges (art. 2096). Mais cette formule est obscure quant au point qui nous occupe; car c'est certainement s'attacher aux différentes qualités des privilèges que de faire dépendre le rang de la généralité ou de la spécialité du privilège.

Le premier point à examiner est donc celui-ci : Les privilèges généraux passent-ils, en tant que généraux, avant les privilèges particuliers; ou, au contraire, doit-on placer les privilèges particuliers, en tant que particuliers, avant les généraux ?

Ou bien faut-il faire abstraction du caractère de généralité ou de spécialité, pour régler le rang des privilèges entre eux?

Si l'on opère un premier classement des privilèges par groupes, en cherchant le rang des spéciaux par rapport aux généraux, il n'y a que deux opinions possibles : donner la priorité aux privilèges généraux, ou la donner aux privilèges spéciaux.

Le premier parti paraît d'abord le plus naturel, à cause de la place que les privilèges généraux occupent dans le Code, et qui

(1) V. *Thémis*, t. VI, p. 130.

peut faire présumer que la préférence du législateur était pour ces privilèges, puisqu'ils se présentaient les premiers à sa pensée. On ajoutera que la loi, en affectant à ces créanciers la totalité des biens du débiteur, a encore témoigné qu'elle les considérait comme plus dignes de protection que ceux qui étaient réduits à un privilège sur un bien particulier. Enfin, on argumente par analogie de l'article 2105, qui a attribué aux privilèges généraux la priorité sur les privilèges particuliers, lorsqu'il s'agit des privilèges sur les immeubles.

On combat cependant ce système en invoquant l'article 662 C. Pr., qui place les frais de poursuite de contribution après la créance du bailleur, bien que celui-ci n'ait qu'un privilège spécial, tandis que l'autre privilège est général.

Si l'on cherchait à donner le premier rang aux privilèges spéciaux en raison même de leur spécialité, en alléguant que toute force concentrée sur un point est plus puissante, sur ce point particulier, qu'une force qui étend son action sur plusieurs points, on rencontrerait encore un obstacle dans l'article 662. Car, d'après cet article, tous les privilèges spéciaux, hormis celui de bailleur, doivent être primés par la créance des frais de poursuite de contribution, c'est-à-dire par un privilège général.

Ces objections, indiquées par M. DEMANTE (nos 44 et 45), l'ont déterminé à ne pas s'attacher à la généralité ou à la spécialité du privilège pour en régler le rang (n° 46).

Dans ce système, qui est soutenu par un grand nombre d'auteurs, on classe les privilèges d'après leurs causes, abstraction faite de leur plus ou moins grande étendue, quant aux biens qu'ils frappent.

49 *bis*. II. Cette opinion, malgré les autorités qui l'appuient, ne nous satisfait pas. Elle aboutit, selon nous, à un résultat fâcheux. Elle se confond presque avec le second système, celui qui donne toujours la préférence aux créanciers spéciaux, et elle sépare en deux classes les privilèges généraux, que l'article 2101 a rapprochés dans une même énumération.

En effet, ce système, qui s'annonce comme ayant pour but de classer les privilèges, indépendamment de leur qualité de généraux ou de spéciaux, arrive à ce résultat que, sauf la créance des frais de justice qui garde le premier rang, toutes les autres créances indiquées à l'article 2101 sont reléguées après les privilèges spé-

ciaux. M. DEMANTE s'exprime ainsi au n° 48 : Ce n'est qu'en quatrième ligne que nous placerions les privilèges attachés à la faveur de la créance. Or ces privilèges sont ceux qui sont fondés sur des motifs d'humanité et d'ordre public.

Nous pensons que l'attribution du dernier rang aux créanciers que la loi a privilégiés pour des raisons d'humanité est quelque chose d'arbitraire au point de vue de l'interprétation, et de choquant au point de vue de l'appréciation morale de la loi.

Peut-on savoir si le législateur a attaché plus d'importance au droit de gage ou au droit de vendeur qu'aux considérations élevées d'humanité et d'ordre public ? N'a-t-il pas plutôt manifesté une appréciation favorable à l'humanité par la place qu'il a donnée dans sa rédaction aux privilèges généraux (1) ?

49 *bis*. III. Restent en faveur des privilèges généraux les arguments déjà présentés, et notamment celui que fournit l'article 2105.

On a dit, il est vrai, que cet article devait plutôt être considéré comme consacrant une règle exceptionnelle, parce qu'il existe une raison particulière pour donner la préférence aux privilèges généraux quand il s'agit de privilèges sur les immeubles. Cette raison consisterait dans le peu d'importance relative des créances garanties par l'article 2101, créances minimes probablement, par comparaison avec la valeur des immeubles grevés, et qui, par conséquent, n'absorberaient pas le prix de ces immeubles au détriment des créanciers ayant des privilèges spéciaux.

Nous contestons formellement l'exactitude de cet aperçu, et partant la conséquence qu'on peut en tirer. Nous nous bornerons à dire qu'il y a des immeubles de bien mince valeur et des meubles, au contraire, dont le prix représente des sommes considérables. Le législateur ne saurait être soupçonné d'avoir classé les privilèges en prenant pour base un fait aussi variable et aussi incertain que la valeur des objets sur lesquels est assis le droit. Il l'a dit lui-même, il a considéré la qualité des créances, et par conséquent la question reste telle que nous l'avons posée : Peut-on voir dans la généralité ou la spécialité du privilège un signe de la préférence attribuée à un privilège sur un autre ? L'article 2105 résout affirmativement

(1) Cette dernière observation répond au système de MM. Aubry et Rau, qui, plaçant les privilèges des quatre derniers § de l'article 201 avant le vendeur et le conservateur, les mettent après le gagiste. V. Aubry et Rau, t. II, p. 911, édit. 1865.

cette question dans un cas, et nous croyons qu'il la suppose résolue de la même façon dans l'hypothèse qui n'est pas prévue par les textes.

Il est facile d'expliquer, du reste, pourquoi l'article 2105 a réglé ce point, qui n'a pas été traité à propos des privilèges mobiliers. Il a voulu établir une restriction au droit de priorité appartenant aux créanciers ayant privilège général; ce droit ne leur a été accordé que s'ils se présentent à défaut de mobilier. Ils doivent se faire payer sur les valeurs mobilières, et ils ne peuvent primer les créanciers ayant privilège spécial sur les immeubles qu'au cas d'insuffisance du mobilier. C'est pour les contraindre à observer cet ordre dans l'exercice de leur droit que l'article 2105 a été rédigé; on ne saurait donc tirer un argument *a contrario* de ce que la disposition relative à la préférence accordée aux créanciers généraux est écrite à propos des privilèges sur les immeubles et ne se trouve pas répétée quand il s'agit des privilèges sur les meubles.

49 *bis*. IV. L'argument le plus embarrassant contre le système qui préfère les privilèges généraux aux privilèges spéciaux est celui qu'on emprunte à l'article 662 C. Pr. Il peut néanmoins être réfuté. En effet, les frais de justice ne sont pas privilégiés d'une manière absolue; ils ne le sont, nous l'avons dit plus haut, qu'autant qu'ils ont profité aux créanciers, et par rapport aux créanciers à qui ils ont profité. Or, les frais dont parle l'article 662 n'ont pas profité au bailleur, puisque son droit de gage lui assure une primauté qui le désintéresse de la poursuite de contribution; si les frais de poursuite n'ont pas profité au bailleur, ils ne sont pas privilégiés contre lui, mais il ne résulte pas de l'article que des frais qui auraient profité au bailleur, comme par exemple les frais de vente, passeraient après sa créance : voilà cependant ce qu'il faudrait trouver dans la loi pour établir que le privilège des frais de justice est primé par le privilège du bailleur. L'article 662 ne traite donc pas une question de rang; il statue sur l'existence même d'un privilège; il nie que le privilège existe, par rapport au bailleur, pour les frais de poursuite de contribution; il ne prouve donc rien sur la question de comparaison entre un privilège général et un privilège spécial.

49 *bis*. V. Le résultat de notre système est donc de placer les frais funéraires, ceux de la dernière maladie, les sommes dues aux

gens de service, les fournitures de subsistances, avant les privilèges spéciaux. Nous pouvons dire qu'au point de vue des résultats notre système est favorable, car il rend possible le crédit pour des dépenses de première nécessité, et il est fondé sur ce que les créanciers privilégiés spéciaux n'ont pas probablement voulu refuser à leur débiteur les moyens de subvenir à des besoins aussi urgents que ceux qui ont donné naissance aux quatre derniers privilèges de l'article 2101.

49 *bis*. VI. On doit, au surplus, ménager les droits des créanciers qui ont un privilège spécial, en leur reconnaissant le droit d'exiger que la collocation des privilèges généraux porte d'abord sur les meubles non grevés de privilèges spéciaux.

49 *bis*. VII. *Concours entre privilèges spéciaux*. On ne peut songer à colloquer les privilèges spéciaux dans l'ordre de l'énumération qu'en fait l'article 2102; car dans cette énumération la loi a séparé des privilèges qui ont certainement la même cause. Quand elle a intercalé, par exemple, le créancier qui a fait des frais de conservation entre le gagiste et l'aubergiste, qui n'est aussi qu'un gagiste, il est clair qu'elle n'obéit à aucune idée de système et qu'elle nomme les privilèges *indistincte et turbate*, selon le hasard qui présente tel ou tel d'entre eux à la pensée et sous la plume du rédacteur.

Il faut donc établir doctrinalement l'ordre des privilèges spéciaux entre eux, d'après la cause de chacun de ces privilèges.

Nous avons rattaché à deux causes seulement les privilèges spéciaux sur les meubles :

1° Le créancier a été utile à tous; la valeur par lui fournie a augmenté ou conservé le gage commun.

2° Le créancier est nanti par suite d'une convention de gage expresse ou tacite.

A la première cause nous rattachons les privilèges : des frais de conservation, des sommes dues pour semences, récoltes, ou ustensiles, du vendeur non payé, et du bailleur des fonds du cautionnement ;

A la deuxième cause, les privilèges : du gagiste, du bailleur, de l'aubergiste, du voiturier et des créanciers pour faits de charge.

Dans le conflit des privilèges n'appartenant pas à la même catégorie, la raison qui a fait naître le privilège du créancier qui a

augmenté ou conservé la masse lui assurera la priorité, pourvu toutefois que le créancier qu'il prétend primer ait profité des frais faits ou de la valeur qui a augmenté la masse. Si, en effet, le créancier qui a un droit de gage n'avait pas profité de la valeur fournie par l'autre créancier, le privilège de celui-ci manquerait de base par rapport au gagiste, car sa raison d'être, c'est que ceux qui ont profité de la valeur fournie à la masse par un créancier ne peuvent pas être payés sur cette valeur avant le créancier qui l'a fournie ; autrement, ils s'enrichiraient aux dépens de celui-ci.

L'article nous donne une hypothèse dans laquelle il applique cette idée. Les sommes dues pour semences et pour la récolte de l'année sont payées sur cette récolte avant le bailleur, parce que les valeurs fournies par les créanciers ont profité à ce bailleur en produisant ou en conservant la récolte, qui est son gage.

Une autre partie de l'article nous montre la même idée sous une autre face. L'article met en présence le bailleur d'immeuble et le vendeur d'effets mobiliers garnissant la ferme (art. 2102-4° *in fine*). Le vendeur a mis la chose dans la masse, mais il n'a pas fait l'affaire du bailleur, qui n'aurait pas loué ou qui aurait fait résilier le bail s'il n'avait pas compté sur les meubles que possédait le preneur; donc le bailleur doit être préféré.

Le texte contient, en outre, une restriction qui confirme nettement la théorie. Si le bailleur a eu connaissance de ce fait que les meubles n'étaient pas payés, il ne peut pas prétendre qu'il n'a pas profité des valeurs fournies par le vendeur : car, ayant consenti à se contenter de la garantie que ces meubles lui offraient, il a profité des meubles vendus, pour l'assiette de son droit de gage, et dès lors il ne saurait, sans s'enrichir aux dépens du vendeur, être payé avant ce créancier.

49 *bis*. VIII. Cette théorie doit être appliquée dans tous les cas non prévus qui mettraient en présence des privilèges appartenant à des catégories différentes ; par exemple, si l'on opposait un créancier qui a fait des frais de conservation à un gagiste (bailleur, aubergiste ou voiturier). Il s'agira toujours de savoir si les frais de conservation ont profité ou n'ont pas profité au gagiste. Dans le premier cas, ils primeront le privilège de gagiste, et dans le second cas, ils seront primés. La question alors dégénérera en une question de date; mais, à l'inverse de ce qui a lieu d'ordinaire, la

préférence appartiendra au plus récent, et non au plus ancien : car, toutes les fois que les frais de conservation auront été faits avant que fût né le droit de gage, on ne pourra pas dire que ces frais ont profité au gagiste, qui n'aurait pas eu confiance si la chose n'avait pas été conservée, et par conséquent n'avait pas pu lui être présentée comme une garantie. Au contraire, quand le gage est antérieur, la conservation de la chose a été la conservation du gage, et le créancier en a profité.

Cependant, il faudra quelquefois tenir compte d'une circonstance qui changera la situation respective des parties. Si le gagiste a su, quand il a accepté le gage, que des frais de conservation avaient été faits, qui n'étaient pas payés, il devrait être primé par le conservateur; car les frais lui ont profité en conservant une chose qu'il a acceptée en gage, sachant qu'elle était grevée d'un privilège et comptant probablement sur tout ce qui, dans la valeur de cette chose, excédera la créance du conservateur. Nous résolvons, on le voit, cette hypothèse comme le Code l'a résolue dans le cas d'une lutte entre le bailleur d'immeuble et le vendeur de meubles garnissant les lieux loués.

49 *bis*. IX. Voilà le classement des privilèges appartenant à des catégories différentes ; si les privilèges qui se disputent le premier rang appartiennent à la même catégorie, le classement sera plus facile.

Supposons deux privilèges de la première catégorie, des créanciers qui ont augmenté ou conservé le même objet.

Ce sont nécessairement deux créanciers pour frais de conservation, ou un vendeur et un créancier ayant conservé la chose.

Entre deux créanciers qui ont conservé la chose, c'est évidemment le plus récent qui doit être préféré, car il n'a pas seulement conservé la chose pour la masse des créanciers, mais spécialement il l'a conservée pour le conservateur plus ancien, qui aurait perdu son privilège si la chose avait péri.

Entre un vendeur et un conservateur du meuble, la priorité appartiendra au conservateur, car il aura toujours fait les frais qui le rendent créancier depuis la naissance du droit du vendeur, et par conséquent ces frais auront profité au vendeur lui-même en conservant son privilège.

On comprend que, dans l'espèce que nous examinons, le conservateur soit nécessairement postérieur en date au vendeur ; il faut,

en effet, que le conservateur ait travaillé pour le propriétaire actuel du meuble, sinon il n'aurait pas de privilège, puisque les meubles n'ont pas de suite par hypothèque; or, le propriétaire actuel a reçu la chose du vendeur, donc les frais de conservation ont été faits postérieurement à la vente.

49 *bis*. X. Si nous mettons en présence des créanciers appartenant à la catégorie des cranciers gagistes : un gagiste proprement dit avec un bailleur, un voiturier ou un aubergiste, la question de préférence ne s'élèvera pas ordinairement, parce que ces droits étant subordonnés à la possession, la possession de l'un sera exclusive de la possession de l'autre, et un seul pourra prétendre au privilège.

Il ne pourrait s'élever que des questions de revendication du droit de gage. Elles devront être tranchées par les principes de l'article 2279, c'est-à-dire qu'il faudra voir si le nouveau possesseur peut alléguer sa possession à l'encontre de l'ancien, autrement dit, s'il est de bonne foi, s'il a ignoré l'existence du privilège plus ancien (1).

SECTION II.

Des privilèges sur les immeubles.

50. La loi en énumère cinq :

1° Celui du vendeur ;

2° Celui des prêteurs qui ont fourni les fonds pour payer le prix de vente ;

3° Celui des cohéritiers ;

4° Celui des architectes, entrepreneurs et ouvriers ;

5° Celui des prêteurs qui ont fourni les deniers pour payer les travaux (art. 2103).

On doit y ajouter, d'après l'article 2111, celui des créanciers et légataires qui demandent la séparation des patrimoines.

50 *bis*. Sur les cinq privilèges énumérés par l'article 2103, il en est deux qui se confondent presque avec deux des autres, ce sont les privilèges indiqués aux numéros 2 et 5 ; ils dérivent des privilèges des numéros 1 et 4 ; nous verrons toutefois que l'article,

(1) V. *supra* n° 29 *bis*. II.

en les énumérant distinctement, ne fait pas absolument un double emploi.

Quant au droit des créanciers et légataires qui demandent la séparation des patrimoines, il sera nécessaire d'examiner s'il constitue un véritable privilège.

I.

Privilège du vendeur.

51. Le motif qui fonde ce privilège est le même pour les immeubles que pour les meubles. Seulement la nature du bien, en même temps qu'elle commande ici pour la conservation du privilège l'accomplissement de certaines formalités (art. 2106 et 2108), assure au vendeur un droit plus durable, lequel ne doit en général s'éteindre que par le paiement du prix. V. art. 2103-1°, al. 1, et à ce sujet, art. 2102-4°.

Remarquons, au reste, que le privilège accordé ici au vendeur ne fait nul obstacle à la faculté qu'il a toujours, s'il le préfère, de faire résoudre la vente (art. 1654).

51 *bis*. I. Le vendeur a mis dans le patrimoine du débiteur une certaine valeur, et sur cette valeur il doit être préféré à tous les autres créanciers, qui, sans cela, s'enrichiraient à ses dépens : telle est la raison d'être du privilège du vendeur d'immeubles comme de celui du vendeur de meubles.

51 *bis*. II. L'existence du privilège du vendeur d'immeubles est indépendante de la forme de l'acte constatant la vente. Il peut aussi bien résulter d'un acte sous seings privés que d'un acte authentique. Qui pourrait, en effet, critiquer l'acte sous seings privés? Les ayant cause de l'acheteur qui voudraient écarter le vendeur? Mais cet acte sous seings privés qu'ils critiqueraient, c'est le titre de propriété de leur auteur; sans l'acte juridique que cet écrit constate, le bien ne lui aurait pas appartenu, et ils n'auraient pu acquérir aucun droit sur ce bien. Ils ne peuvent donc pas accepter ce titre sur un point et le repousser sur un autre.

Nous faisons, du reste, observer que la question sur la forme de l'acte ne tient pas à la question de publicité, et nous réservons tout

ce qui sera dit plus tard sur la nécessité de prévenir les tiers, acquéreurs ou créanciers, de l'existence de privilège.

51 *bis*. III. La créance du prix est l'objet principal du privilège. Mais dans le prix il faut comprendre les intérêts de ce prix. Ils en sont en effet l'accessoire ; ils en font en quelque sorte partie, ils sont la représentation de la jouissance abandonnée à l'acheteur avant le paiement du prix principal.

Restera à examiner combien d'années d'intérêts pourront être garanties par le privilège au même rang que la créance du prix ; c'est une question qui se placera naturellement sur l'article 2151.

51 *bis*. IV. Les frais et loyaux coûts du contrat (frais d'acte, droits de transcription, de mutation) sont aussi des accessoires du prix. La nécessité qui pèse sur l'acheteur de supporter ces charges diminue le prix que le vendeur peut retirer de sa chose ; donc, au point de vue de l'acheteur, ces frais sont une partie du prix.

Ces accessoires doivent être payés par l'acheteur (art. 1593, 2155) ; ils sont ordinairement payés par lui. Mais le vendeur peut les avoir avancés, peut-être en vertu d'une clause du contrat, peut-être parce qu'il a voulu obtenir un titre pour exercer des poursuites contre l'acheteur, ou bien il aura transcrit pour conserver son privilège, il aura payé comme tenu solidairement envers le notaire (art. 2002). Dans tous ces cas, il pourra invoquer son privilège ; car il est créancier de sommes qui pour l'acheteur faisaient partie du prix d'acquisition, dont l'acquittement était nécessaire pour que l'immeuble entrât dans le patrimoine de l'acheteur ; il a donc contribué de ce chef à l'augmentation du gage des créanciers, et il est juste qu'il soit préféré à la masse sur la valeur qu'il a mise dans le patrimoine.

51 *bis*. V. Le privilège est expressément accordé par la loi au vendeur, mais il est impossible de le restreindre au cas de vente proprement dite, parce qu'il y a d'autres contrats qui, sous un autre nom, cacheront une convention de vente, et parce qu'il faut s'attacher au fond des choses plutôt qu'aux dénominations employées par les parties.

Ainsi, en principe, l'échange ne donnera pas naissance au privilège même au cas d'éviction, parce que l'action de l'échangiste évincé ne ressemble pas à celle du vendeur non payé ; c'est une action en dommages et intérêts (art. 1705), et dans l'hypothèse

d'éviction, l'échange conserve bien son caractère propre de contrat distinct du contrat de vente.

Mais l'échange n'a pas toujours un caractère pur : il est quelquefois un contrat réunissant à ses caractères propres ceux de la vente; c'est quelquefois un contrat mélangé. L'échange, quand une soulte a été stipulée, n'est pas un pur échange, c'est un contrat double : échange jusqu'à concurrence du moindre des deux immeubles, vente pour le surplus, c'est-à-dire pour la valeur représentée par la soulte. En décomposant ainsi le contrat, nous arrivons à attribuer le privilège à l'échangiste créancier d'une soulte, parce que cette soulte est un prix de vente.

51 *bis*. VI. Une autre hypothèse se rapproche de celle-ci, c'est l'hypothèse d'une donation soumise à des charges. *Exemple :* Pierre donne à Paul un immeuble qui vaut 100,000 francs, en imposant au donataire la charge de lui payer 20,000 francs.

La difficulté sur l'existence du privilège, au cas de donation soumise à des charges, se rattache à une controverse sur la nature et les effets de cette donation. Si l'on considère le donataire comme n'étant pas obligé personnellement à l'acquittement de la charge, et simplement exposé, au cas d'inexécution, à la révocation de la donation, il est clair qu'on ne peut pas songer à attribuer au donateur le privilège du vendeur. Si l'on traite le donataire comme un obligé, il faut voir dans la convention un contrat mélangé de donation et de vente, et assurer par le privilège le paiement de la somme promise, qui n'est autre chose que le paiement du prix de la partie de l'immeuble qui a été vendue (1).

51 *bis*. VII. L'acheteur à réméré qui abandonne l'immeuble à son vendeur, sans que celui-ci ait rempli les conditions auxquelles est subordonné l'exercice du réméré, n'aurait pas le privilège pour garantir la restitution du prix de la vente. En effet, il n'y a pas un nouveau contrat de vente entre l'acheteur à réméré et son vendeur; il y a résolution de l'ancien contrat, et par conséquent nous ne trouvons pas à appliquer l'article 2103. L'acheteur avait un droit de rétention (art. 1673), mais il n'avait que cela.

52. Le motif qui fait accorder au vendeur non payé la préférence sur les autres créanciers de l'acheteur, s'oppose éga-

(1) V. Demante, t. IV, n° 96 *bis*. II.

lement à ce que l'acheteur puisse, en revendant le bien et acquérant ainsi un privilège semblable, obtenir la concurrence avec le vendeur précédent. En cas donc de plusieurs ventes successives, les derniers vendeurs ne sont payés qu'après les premiers (v. art. 2103-1°, al. 2) ; et remarquez que tout paiement fait à un vendeur plus ancien devra naturellement diminuer d'autant le privilège des vendeurs subséquents, en l'acquit desquels ce paiement se trouvera fait. Ceux-ci ne seront donc en général colloqués à leur ordre que pour l'excédent de leur propre créance sur le montant des paiements faits aux vendeurs antérieurs.

52 *bis*. I. La seconde partie du premier paragraphe de l'article 2103 traite une question de rang entre différents vendeurs du même immeuble. D'après cette disposition, il faut colloquer les différents vendeurs d'après l'ordre d'ancienneté. C'est, en effet, le plus ancien vendeur qui est véritablement cause que le bien est dans la masse du débiteur, dont le patrimoine se répartit entre des créanciers.

Supposons : *Primus*, *Secundus* et *Tertius*, trois vendeurs successifs d'un bien appartenant à *Quartus*, aujourd'hui en déconfiture. Si *Primus* n'avait pas vendu à *Secundus* et celui-ci à *Tertius*, l'immeuble ne serait pas dans l'actif de *Quartus*.

Il faut observer, en outre, que le plus souvent en payant *Primus* on libère à la fois *Secundus* de ce qu'il devait à *Primus*, et *Tertius* de ce qu'il devait à *Secundus*. Si bien qu'en payant le plus ancien vendeur on paie en même temps les vendeurs postérieurs.

52 *bis*. II. Cette observation, néanmoins, pour être vraie dans la majorité des hypothèses, n'est pas toujours exacte. On peut comprendre que le troisième acheteur ait payé le second, qui n'avait pas payé le premier vendeur, et dans ce cas il n'est pas possible de justifier l'article en disant que la masse qui paie *Primus* acquittera en même temps l'obligation de *Secundus* et celle de *Tertius*.

L'article cependant doit être appliqué même dans cette hypothèse, et comme les créanciers ne peuvent pas être primés deux fois par le prix de vente d'un seul immeuble, l'exercice du privilège

de *Primus* fait obstacle à l'exercice de celui de *Tertius*. La masse ne peut pas supporter deux fois la charge d'un privilège dans l'intérêt d'un créancier, *Tertius*, qui a commis l'imprudence de payer son vendeur sans s'assurer s'il avait lui-même acquitté le prix de son acquisition.

52 *bis*. III. Nous avons raisonné comme si les trois vendeurs successifs avaient vendu l'immeuble pour le même prix. Le contraire est possible. Le prix peut avoir été diversement fixé dans les trois ventes.

Si la première vente a été faite pour un prix plus élevé que chacune des deux autres, la collocation du premier vendeur absorbant le maximum de la valeur affectée au privilège, il n'y a plus de place pour le privilège des autres vendeurs. Mais si la seconde ou la troisième vente a été faite à un prix supérieur à celui de la première, le second ou le troisième vendeur peut exercer son privilège après celui du premier vendeur, pour l'excédent de sa créance sur celle qui lui était préférable d'après l'ordre d'ancienneté.

II.

Privilèges des prêteurs qui ont fourni les deniers pour l'acquisition.

53. Ce privilège n'est autre que celui du vendeur qui est acquis aux bailleurs de fonds, en remplissant les conditions qui sont en général requises pour opérer la subrogation sans le concours de la volonté du créancier. V. art. 2103-2°, et à ce sujet, art. 1250-2°.

53 *bis*. Celui qui a prêté les fonds employés à l'acquisition d'un immeuble a mis cet immeuble dans le patrimoine de l'acheteur, tout aussi bien que s'il était lui-même le vendeur. De plus, son privilège ne nuit pas aux créanciers; car s'il n'existait pas, le bien serait grevé du privilège du vendeur.

54. Remarquons, au reste, que la subrogation à un privilège quelconque peut toujours s'acquérir par toutes les manières légales d'opérer subrogation (v. art. 1250, 1251). Mais le privilège dont la loi consacre ici l'établissement au profit du bailleur de fonds, sous les conditions qu'elle détermine, n'est

pas proprement un cas de subrogation. Car il ne s'agit pas ici de faire passer à un tiers le privilège né dans la personne du vendeur, mais de faire naître, dans la personne même qui fournit les fonds *pour l'acquisition*, le privilège que le paiement fait de ses deniers empêchera d'exister dans la personne du vendeur. Or, c'est ce qui ne peut se faire que par le moyen indiqué.

54 *bis*. La disposition de l'article 2103-2° nous rappelle celle de l'article 1250, qui autorise la subrogation par la volonté du débiteur, et notre article reproduit à peu près les conditions exigées par l'article 1250. Un acte d'emprunt authentique, une quittance authentique constatant la destination des deniers empruntés et l'origine des deniers payés, ce sont les principales exigences de l'article 1250 : nous en avons expliqué les motifs. Mais cet article semble exiger davantage. Il paraît demander entre le bailleur de fonds et l'emprunteur une convention expresse de subrogation ; c'est ce qu'exige certainement la première partie de l'article 1250, et ce qu'exigeait aussi, pour la subrogation par la volonté du débiteur, l'édit de 1609, dont l'article 1250-2° reproduit sommairement la disposition. L'article 2103 ne parle pas d'une stipulation expresse relative au privilège.

Cette différence entre le texte des deux articles 2103 et 1250 donne un intérêt à l'observation de M. Demante (n° 54). Quand le prêteur de deniers aura un privilège né en sa personne, c'est-à-dire quand il aura prêté des fonds destinés à payer le vendeur au moment même du contrat, c'est l'hypothèse propre de l'article 2103, point ne sera besoin d'une stipulation relative au privilège. Il ne s'agira pas en effet de lui donner naissance, puisqu'un privilège ne résulte pas d'une convention ; il ne s'agira pas non plus de le transmettre, puisqu'il n'est pas encore né ; convention de subrogation impossible, convention créant le droit inutile : voilà qui explique comment le législateur n'a pas reproduit ici d'une façon complète les dispositions de l'article 1250-2°.

En dehors de cette hypothèse spéciale, assez rare, il faut l'avouer, le bailleur de fonds sera un véritable subrogé, puisque le privilège aura pris naissance en faveur du vendeur, et les conditions d'existence de son droit devront être trouvées dans l'article 1250.

III.

Privilège des cohéritiers.

55. Les cohéritiers ayant tous originairement un droit sur chacun des biens composant la succession, droit qu'ils ne s'abandonnent réciproquement que sous la condition pour chacun de posséder paisiblement son lot, il est naturel que les biens de chaque lot restent spécialement affectés à la garantie des autres, comme la chose vendue l'est au paiement du prix. De là le privilège accordé aux cohéritiers, non pas, il est vrai, sur tous les biens, mais sur les immeubles de la succession, tant pour la garantie des partages, ce qui se réfère au cas d'éviction, que pour les soultes ou retours de lots (v. article 2103-3°); et remarquez que les motifs ci-dessus étant puisés dans la nature du partage, quel que soit son objet, la loi elle-même applique à tout copartageant ce qu'elle dit ici du cohéritier (art. 2109); remarquez encore que le même privilège a lieu pour le prix de la licitation sur le bien licité (*ibid.*).

55 *bis*. I. Le troisième privilège est celui des copartageants. Cette expression doit être substituée à celle du Code, car les règles sur le partage des successions s'appliquent au partage de toute chose indivise.

Le copartageant n'est pas l'auteur de son copartageant, puisque le partage est déclaratif de propriété. Le partage n'est point une vente. On ne pourrait donc pas, par voie de raisonnement, donner, dans le cas de partage, un privilège appuyé sur le premier alinéa de l'article 2103. Mais les raisons de ce premier alinéa se présentent avec la même force quand il s'agit d'un partage.

Le partage, en effet, a toujours sa base dans une convention expresse ou tacite par laquelle chaque copropriétaire a consenti à considérer chacun des autres comme propriétaire exclusif de son lot, moyennant qu'il aurait lui-même la propriété exclusive du sien. En ce sens, il a donné un consentement à un acte qui a mis une valeur dans la masse. Au fond des choses, il y a donc même raison pour lui donner un privilège que pour en donner un au vendeur.

Si mon copartageant gardait son lot intact quand le mien m'a été enlevé en tout ou en partie, mon copartageant ou ses créanciers s'enrichiraient à mes dépens.

55 *bis*. II. Déterminons maintenant d'une manière précise quelles sont les créances du copartageant qui sont privilégiées. C'est : 1° la créance de garantie; 2° la créance d'une soulte; 3° la créance du prix d'un immeuble licité. Les deux premières créances sont désignées dans l'article 2103, et la troisième, incidemment, dans l'article 2109.

Le copartageant créancier d'un prix de licitation ressemble beaucoup à un vendeur, et l'assimilation est d'autant plus complète que le privilège frappe seulement le bien licité, et que les autres biens compris dans l'indivision y échappent. C'est la conséquence de ce que cette créance n'est pas comprise dans l'article 2103 qui crée un privilège sur tous les biens de la succession, tandis que l'article 2109 détermine d'une manière spéciale et exclusive le bien grevé du privilège pour le prix de la licitation.

55 *bis*. III. Le privilège pour la soulte suppose qu'un lot ayant été composé de valeurs trop considérables, le copartageant qui l'a reçu a été grevé de l'obligation de payer une certaine somme, en retour ou en compensation, aux autres copartageants.

Pour cette valeur reçue en trop et compensée par un prix en argent, le copartageant se rapproche encore d'un acheteur. Mais l'assimilation est moins complète qu'au cas de licitation, car le privilège frappe sur tous les immeubles qui ont été compris dans le partage (art. 2103). On a considéré le non-paiement de la soulte comme une sorte d'éviction dont chaque cohéritier se trouve garant dans la proportion où il est garant des évictions. Nous ne pensons pas que l'article 2109 ait restreint les termes généraux de l'article 2103. Car s'il paraît limiter l'assiette du privilège aux biens de chaque lot, et par conséquent grever exclusivement le lot chargé d'une soulte, ce n'est là en effet qu'une apparence : l'article 2109 n'a pas pour objet de créer le privilège et d'en fixer l'étendue; il règle une question de publicité, et en soumettant le privilège à la nécessité d'une inscription, il était nécessaire qu'il considérât l'inscription comme ayant un effet relatif, conservant le droit sur les biens composant le lot du copartageant sur qui elle a été prise, et ne produisant pas d'effet par rapport au lot d'un autre sur qui l'on aura négligé de s'inscrire.

55 *bis*. IV. L'égalité qui doit régner dans les partages est rompue par l'éviction de l'un des copartageants. Celui-ci devient créancier d'une indemnité dont le paiement lui est assuré par le privilège.

55 *bis*. V. Dans le cas où il s'agit du prix de la licitation, le privilège garantit contre le copartageant, seul débiteur de ce prix, la totalité de la créance. Mais dans les deux autres hypothèses (privilège pour la soulte, privilège pour la garantie des évictions), il en est autrement.

D'abord, si nous envisageons le cas de garantie des évictions, le privilège ne doit pas frapper pour le tout les immeubles composant le lot de chacun des copartageants. Ce privilège, en effet, naît en même temps que l'obligation dont il assure l'exécution; or l'obligation de garantie naît divisée entre les différents copartageants (art. 885); donc le privilège doit naître divisé comme l'obligation dont il est l'accessoire.

Quant au privilège qui assure le paiement de la soulte, il faut faire une distinction. Contre le copartageant qui a reçu le lot grevé de soulte, le privilège existera pour le tout, car l'obligation personnelle retombe tout entière sur ce copartageant, et le privilège, accessoire de cette obligation, a dû naître avec toute l'étendue et l'énergie qu'avait cette obligation. Mais contre les autres copartageants, le privilège doit naître divisé, car ceux-ci n'étaient pas débiteurs personnels de la soulte; ils ne sont tenus qu'en vertu d'une extension du principe de la garantie, et leur obligation comme le privilége doivent se diviser ainsi que se divisent l'obligation de garantie et le privilège qui en est la sanction.

IV.

Privilège des architectes, entrepreneurs et ouvriers.

56. Les constructions, reconstructions ou réparations qu'un débiteur fait exécuter sur sa propriété ayant pour effet d'augmenter ou de conserver le gage commun, il est équitable que les autres créanciers ne profitent pas de ce résultat aux dépens de ceux dont le travail ou l'industrie l'a procuré. C'est d'après cette vue que la loi accorde privilège aux architectes, entrepreneurs et ouvriers quelconques employés à ce genre de

travaux, pour la valeur de leurs ouvrages, sur la plus-value que l'immeuble en a acquise.

56 *bis*. I. Le privilège est accordé pour les travaux d'édification, reconstruction ou réparation de bâtiments, canaux ou ouvrages quelconques. Ces derniers mots pourraient donner au privilège une très grande généralité, mais les mots édifier et reconstruire, qui indiquent d'une manière précise le but qu'ont dû avoir les travaux, font croire que le législateur a restreint le privilège aux travaux de construction, et que s'il a parlé de canaux, c'est que l'établissement d'un canal nécessite des travaux de maçonnerie qui ressemblent à ceux de construction et notamment à l'érection d'un mur de soutènement.

Il ne faut donc pas étendre le privilège aux créances nées à l'occasion des travaux agricoles, à moins de se trouver en présence de lois spéciales, comme la loi sur le dessèchement des marais ou la loi sur le drainage. Les dispositions de ces lois prouvent d'ailleurs que le législateur n'a pas considéré le Code civil comme établissant le privilège en matière de travaux agricoles (1).

56 *bis*. II. Dans l'énumération des créanciers privilégiés pour constructions se trouvent les ouvriers. Ils sont privilégiés, soit qu'ils aient travaillé directement pour le propriétaire, soit qu'ils aient travaillé pour un entrepreneur qui était en rapport avec le propriétaire.

Dans cette seconde hypothèse, l'article 1798 leur accorde une action directe contre le propriétaire, et nous avons établi (2) que ce n'était pas seulement l'action qui appartient à tout créancier en vertu de l'article 1166, mais une action par préférence aux autres créanciers de l'entrepreneur. C'est l'exercice privilégié du droit de l'entrepreneur, et comme celui-ci a un privilège, il faut que l'ouvrier l'exerce. Sur quoi s'appuieraient les créanciers chirographaires du propriétaire pour refuser aux ouvriers de l'entrepreneur le privilège que celui-ci aurait eu? Peu leur importe que les ouvriers agissent en vertu de l'article 1166 ou en vertu d'un droit de préférence. Les seuls créanciers qui souffrent de cette préférence sont les créanciers de l'entrepreneur; mais

(1) V., quant au dessèchement des marais, L. 16 septembre 1807, art. 20-23; sur le drainage, L. 28 juillet 1856, art. 3, 5.

(2) T. VII, n° 251 *bis*.

quant à eux, le privilège a sa raison d'être, puisque l'ouvrier n'est privilégié que sur une valeur mise par lui dans le patrimoine du débiteur commun.

57. Pour établir la valeur des ouvrages et la plus-value du bien, il est nécessaire que l'état antérieur des lieux ait été constaté, et que les travaux soient ensuite dûment vérifiés; tel est le but des deux procès-verbaux exigés par la loi dans les formes qu'elle détermine; l'un, contenant l'annonce des travaux, doit le précéder; l'autre, qui a pour objet de les recevoir, doit suivre leur perfection dans un bref délai que la loi fixe à six mois.

Le fondement du privilège une fois connu, il devient évident que son montant, quelle que soit la plus-value du bien, ne peut excéder la valeur des ouvrages, telle qu'elle est fixée par le second procès-verbal, comme aussi il ne peut dépasser la plus-value qui en résulte, au moment de l'aliénation qui donne lieu à l'exercice du privilège. V. art. 2103-4°.

57 *bis*. I. Le privilège du constructeur ne peut équitablement exister que sur la valeur mise par ce constructeur dans le patrimoine du débiteur, sur cette valeur qui ne saurait profiter aux autres créanciers sans que ceux-ci s'enrichissent aux dépens du constructeur. Pour éviter toute difficulté relative à la détermination de cette valeur, la loi impose au constructeur certaines précautions de forme : 1° faire constater l'état de l'immeuble avant les travaux; 2° faire constater les travaux après leur achèvement dans un délai de six mois. Ces deux constatations établiront exactement quels travaux ont été faits et quelle plus-value ils ont produite.

57 *bis*. II. On comprend la raison de la règle qui veut que le premier procès-verbal ait été dressé avant le commencement des travaux. Il constate d'une façon précise quel était le gage des créanciers avant les augmentations survenues aux dépens du constructeur. Il ne faut cependant pas se montrer trop rigoureux dans l'application de la règle. Des travaux de réparation peuvent être tellement urgents qu'il y aurait danger pour l'immeuble à les retarder jusqu'à la nomination d'un expert et la rédac-

tion d'un procès-verbal. Il faut bien admettre dans cette hypothèse que le privilège ne sera pas perdu parce qu'on aura pourvu au plus pressé avant l'examen de l'expert, mais il faut que celui-ci ait été mis à même de constater quel était l'état de l'immeuble, que son procès-verbal contienne son appréciation rétrospective, et qu'on ne puisse reprocher au constructeur ni fraude ni négligence.

57 *bis*. III. Le privilège ne peut pas toujours s'exercer sur l'immeuble pour toute la plus-value existant à la fin des travaux; il faut que cette plus-value existe encore lorsque l'immeuble est converti en argent par une aliénation. Sinon, les créanciers, autres que le constructeur, n'auraient pas réellement profité des travaux, et le privilège n'aurait plus sa raison d'être. Les créanciers, en effet, ne profitent réellement de leur droit de gage que quand l'objet engagé est aliéné, puisqu'ils ne prennent pas en nature le bien engagé, qu'ils sont seulement payés sur le prix. L'existence d'une plus-value leur est donc indifférente tant que leur droit reste à l'état vague et abstrait; elle ne leur procure quelque avantage qu'au moment où une vente, transportant leur droit sur une somme d'argent, détermine d'une façon définitive quelle valeur va leur être distribuée.

Supposons un terrain d'une valeur de 20,000 francs, des travaux ayant donné une plus-value de 10,000, total 30,000 francs. Postérieurement au deuxième procès-verbal qui a constaté l'existence de cette plus-value, la maison brûle. Il ne reste plus que le terrain, c'est-à-dire 20,000 francs. Si le constructeur devait prendre par préférence 10,000 francs, les autres créanciers souffriraient. Les travaux qui ne devaient pas leur profiter auraient pour résultat de leur nuire. L'idée mère du privilège est que le constructeur doit être préféré à tout autre sur la valeur qu'il a créée; cette valeur a péri, il ne saurait, sans injustice, être préféré sur ce qui reste de l'immeuble, c'est-à-dire sur ce qui était le gage des autres créanciers avant le commencement des travaux.

Ainsi donc, le deuxième procès-verbal fixe le maximum des valeurs affectées au privilège du constructeur, mais non pas le minimum; il faut une troisième vérification pour établir ce qui reste de la plus-value produite par les travaux au moment de l'aliénation de l'immeuble.

V.

Privilège des prêteurs qui ont fourni les fonds pour payer les travaux.

58. La loi applique ici aux bailleurs de fonds le privilège des ouvriers, comme elle leur applique plus haut celui du vendeur. Les conditions à remplir sont, comme de raison, les mêmes (1) (v. art. 2103-5°) ; et remarquez que la loi spécifie deux cas donnant lieu au privilège dont il s'agit, celui de paiement et celui de remboursement. Il est évident, au reste, qu'au cas de remboursement, il y a vraiment subrogation, à laquelle on arriverait également par toute autre manière légale de l'opérer.

VI.

Privilège de la séparation des patrimoines.

59. Le droit attribué aux créanciers d'une succession (art. 878), et commun aux légataires (v. art. 2111), de se faire préférer, sur les biens héréditaires, aux créanciers particuliers de l'héritier, en demandant contre ceux-ci la séparation des patrimoines, n'est pas proprement un privilège, car c'est entre les créanciers d'un même débiteur que s'exercent en général les privilèges. Or, l'effet de la séparation des patrimoines est précisément de faire considérer les biens héréditaires et les autres biens de l'héritier comme n'appartenant pas au même débiteur. Toutefois ce droit, qui d'ailleurs ne repose que sur une fiction contraire au principe de confusion légale, étant assujetti aujourd'hui, pour sa conservation sur les immeubles, aux formes constitutives des privilèges sur cette nature de biens, et la loi elle-même lui appliquant en

(1) La loi sur les mines fait une application particulière du privilège ici établi, à ceux qui auraient fourni des fonds pour les recherches de la mine ainsi que pour les travaux de construction ou confection de machines nécessaires à son exploitation. V. L. 21 avril 1810, art. 20.

conséquence la dénomination de privilège (art. 2111), nous devons le mentionner ici pour ordre, sauf à tirer ultérieurement de son omission dans l'article 2103 telles inductions que de raison.

59 *bis*. I. L'article 878 a consacré en faveur des créanciers de la succession le droit de séparation des patrimoines, en vertu duquel ces créanciers sont préférés sur les biens héréditaires aux créanciers personnels de l'héritier. Des difficultés se sont élevées sur la nature de ce droit ; un grand nombre d'auteurs veulent y voir seulement un droit de préférence, et, selon d'autres, il comprend non seulement le droit de préférence, mais même le droit de suite.

M. Demante semble nier l'existence du droit de suite quand il dit que ce droit n'est pas à proprement parler un privilège ; mais il s'est formellement prononcé dans le sens opposé au tome III du Cours analytique (1), où il reconnaît que la qualification de privilège, donnée par la loi au droit des créanciers de la succession, attribue naturellement à ce droit tous les avantages d'un droit hypothécaire produisant effet non seulement contre les créanciers, mais aussi contre les tiers détenteurs.

Nous partageons cette manière de voir, malgré les objections qu'elle peut soulever. Les principales sont : 1° le texte de l'article 880 ; 2° la nature même du droit de séparation des patrimoines : il tend à conserver aux créanciers héréditaires le gage qu'ils avaient sur les biens de leur débiteur, gage imparfait, cessant par l'aliénation ; il a, par conséquent, pour objet de prévenir le résultat de la confusion des patrimoines, et non le danger des aliénations, puisque ce danger existait déjà du vivant du débiteur.

59 *bis*. II. L'objection tirée de l'article 880 n'est pas décisive. Cet article constate, il est vrai, que le droit des créanciers héréditaires est perdu quand l'immeuble a été aliéné, mais cet article 880 a été gravement modifié par les rédacteurs du titre des *Hypothèques*, et il est difficile d'affirmer à quel point exact s'arrête l'altération que lui a fait subir l'article 2111. Nous ne nous contentons pas de relever dans cet article 2111 le mot *privilège*, qui, employé

(1) T. III. n° 222 *bis*. I, et les arrêts cités en note de la 2e édition.

dans le titre des Hypothèques, ne laisse pas d'avoir une certaine valeur et de créer une présomption en faveur de l'opinion qui donne aux créanciers un vrai privilège. Nous examinons le fond de l'article. Il constitue certainement une grave modification de l'article 880, puisqu'il permet aux créanciers de l'héritier d'acquérir des droits préférables à ceux des créanciers héréditaires, quand ceux-ci ont négligé de s'inscrire dans les six mois. Ayant dérogé à l'article 880 en faveur des créanciers hypothécaires de l'héritier, pourquoi l'article 2111 ne serait-il pas considéré comme ayant, sur un autre point, dérogé à l'article 880 en faveur des créanciers héréditaires? C'est ce qu'il a fait en donnant au droit qui nous occupe la qualification de privilège, alors que le mot privilège implique, lorsqu'il s'agit d'immeubles, la réunion d'un droit de préférence et d'un droit de suite.

59 *bis*. III. On conteste, il est vrai, et l'on dit qu'il ne peut y avoir privilège quand il y a deux débiteurs. C'est l'objection présentée par M. Demante. Nous répondons que l'effet juridique de la séparation des patrimoines n'est pas de créer deux débiteurs distincts, le défunt et l'héritier. Dire que la séparation attribue à chaque classe de créanciers un débiteur différent, c'est se servir d'une sorte de comparaison pour expliquer le système de la loi; mais on abuse de cette explication doctrinale quand on en tire des conséquences concernant la nature même du droit des créanciers. Il est certain que par son acceptation pure et simple, l'héritier est devenu débiteur des créanciers héréditaires, et propriétaire des biens de la succession. Nulle part la loi n'a dit que la séparation des patrimoines le dégageât de son obligation ou le privât de sa propriété. Les créanciers de la succession et les créanciers de l'héritier ont donc un seul et même débiteur, seulement les créanciers héréditaires ont, par la qualité de leurs créances, un droit de préférence sur certains biens de leur débiteur, sur les biens qui lui sont advenus *ex hereditaria causa*. Rien ne s'oppose donc, dans la théorie, à ce que ce droit de préférence soit un véritable privilège.

59 *bis*. IV. On cite cependant l'article 879, qui paraît considérer l'héritier comme n'étant pas lié envers les créanciers héréditaires; mais cet article n'est qu'un vestige d'un ancien système, et l'article 2111, que nous considérons comme assez énergique pour avoir dérogé à l'article 880, peut bien avoir la même force contre

l'article 879. Or il n'est pas étonnant que le législateur parvenu au titre des Hypothèques, c'est-à-dire examinant les conditions d'existence du crédit, ait vu combien serait illusoire le droit des créanciers héréditaires si une aliénation pouvait le détruire, et qu'il n'ait pas reculé devant un remaniement du système sur la séparation des patrimoines.

Sans doute, du vivant du débiteur, les créanciers n'avaient qu'un droit de gage imparfait, et une aliénation pouvait détruire ce droit. Mais peut-on affirmer que le législateur ait uniquement voulu conserver aux créanciers la situation qu'ils avaient avant la mort de leur débiteur? Par la force des choses cette situation est gravement altérée. Les créanciers avaient un débiteur qu'ils avaient, la plupart du temps, choisi, dont l'honnêteté, l'aptitude aux affaires leur étaient connues. Ils ont désormais affaire à un inconnu, l'héritier; c'est pour cela qu'ils ont besoin de plus de garanties, et il est heureux qu'on puisse trouver dans l'article 2111 le germe de ces garanties supplémentaires.

59 *bis*. V. Aussi bien, quand on dit que la séparation des patrimoines ne doit rien ajouter aux droits de ceux qui l'invoquent, on oublie que l'article 2111 range les légataires parmi ceux qui peuvent exercer ce droit, et certes il ne s'agit pas pour les légataires de conserver le droit de gage imparfait qu'ils avaient eu du vivant du défunt, puisqu'ils n'avaient ni créance ni droit de gage pendant la vie du testateur. Preuve convaincante que dans la pensée des rédacteurs du titre des Hypothèques, des garanties nouvelles et sérieuses ont dû être accordées a ceux qui sont créanciers d'un héritier *ex causa hereditaria*.

Nous n'ajoutons plus qu'un mot. On s'étonne de ne pas voir le privilège des créanciers héréditaires et des légataires compris dans les énumérations du Code civil, et notamment dans l'article 2103. Rien n'est cependant plus facilement explicable; le droit dont il s'agit ne trouvait pas sa place dans l'article 2103, qui traite des privilèges sur les immeubles, puisque le privilège de la séparation des patrimoines s'applique non seulement aux immeubles, mais aux meubles. Il ne pouvait être inscrit dans l'article 2102 qui énumère les privilèges sur les meubles. Enfin, la section III, des privilèges qui s'étendent sur les meubles et les immeubles, ne pouvait lui offrir un refuge, car elle traite de privilèges frappant la généralité des biens du débiteur, tandis que le droit de séparation des

patrimoines n'est pas assis sur tous les biens, il frappe certains meubles et certains immeubles, ceux qui viennent de l'hérédité, mais il laisse intacts tous les autres biens de l'héritier débiteur.

Le droit qui nous occupe sortait donc des catégories légales : voilà pourquoi il ne s'est présenté qu'incidemment à la pensée du législateur, à propos des règles sur la publicité. Mais ce léger péché contre la méthode ne suffit pas pour enlever à la disposition de l'article 2111 toute la portée qu'elle paraît avoir.

59 *bis*. VI. La conséquence la plus intéressante de la décision que nous venons de donner sur la nature du droit des créanciers et légataires qui invoquent la séparation des patrimoines, c'est que ce droit implique un droit de suite sur les immeubles de la succession.

Notre décision sert en outre à trancher la vieille controverse qui remonte aux Romains, sur le conflit entre les créanciers héréditaires et les créanciers personnels de l'héritier en cas d'insuffisance de biens héréditaires. Il s'agissait de savoir si les créanciers personnels de l'héritier avaient un droit exclusif sur les biens de celui-ci quand les créanciers héréditaires avaient demandé la séparation des patrimoines. Les jurisconsultes romains pensaient qu'ils pouvaient imposer aux créanciers héréditaires la loi de la séparation que ceux-ci avaient faite; mais dans notre système les créanciers et les légataires conservent leur droit intact contre l'héritier et ses biens personnels. Il n'y a rien là que de très naturel et de très ordinaire. C'est l'effet des privilèges quels qu'ils soient. Quand le créancier privilégié a écarté les autres créanciers, quand il les a primés sur le bien qui est affecté à son privilège, s'il n'est pas payé intégralement, il vient avec les autres créanciers sur le reste des biens, et jamais on n'a songé à l'écarter par réciprocité, parce que tout créancier privilégié est en même temps créancier chirographaire (1).

59 *bis*. VII. Quand on reconnaît au droit des créanciers et des légataires le caractère de privilège, c'est-à-dire le caractère hypothécaire, on est amené à se demander s'il n'est pas indivisible; si les créanciers de la succession ne doivent pas être préférés pour le tout aux créanciers d'un héritier qui ne doit qu'une part, et s'ils ne peuvent pas poursuivre hypothécairement pour le tout, soit

(1) V. cependant M. Demante, t. III, nº 223 *bis*. II.

l'héritier lui-même, soit son ayant cause, détenteur de l'immeuble héréditaire.

La solution de cette question n'est pas nécessairement imposée par celle que nous donnons sur la nature du droit. Ce droit peut être hypothécaire et néanmoins exister divisément sur les biens de chaque héritier. En effet, l'indivisibilité de l'hypothèque (art. 2114) produit ses effets quand cette hypothèque a garanti à un certain moment la créance tout entière; la division ultérieure de la créance n'a pas de conséquence par rapport à l'hypothèque. Mais dans l'hypothèse que nous examinons, le privilège naît au moment même où la dette se divise; il n'a donc jamais garanti la dette dans son unité, il a garanti dès sa naissance plusieurs dettes, ou pour mieux dire, il ne naît pas un privilège, il naît autant de privilèges qu'il existe de dettes.

Ce n'est donc pas le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque qui est en jeu, et si le privilège existe pour le tout, ce ne peut être qu'en vertu de la nature même du droit de séparation des patrimoines. M. DEMANTE (1) appuie la solution qu'il donne dans le sens du privilège existant pour le tout, en disant que la division des dettes, qui n'est qu'une conséquence de la transmission de la succession, ne peut pas être opposée contre un droit qui a précisément sa base dans la négation de cette transmission. Il ajoute que la séparation des patrimoines repose sur la fiction que la succession n'appartient pas aux héritiers, et que ce ne sont pas eux qui sont débiteurs.

Nous repoussons cette manière de raisonner et la solution à laquelle elle conduit. Nous l'avons dit plus haut, la vérité juridique n'est pas que l'héritier cesse d'être propriétaire des biens de la succession et débiteur des dettes, que la séparation des patrimoines établit une distinction tranchée entre la personnalité du défunt et celle de l'héritier. Quand on s'exprime ainsi, on emploie une certaine manière de parler pour faire comprendre le sens de l'expression : séparation des patrimoines. Mais on ne peut attacher une importance et des conséquences à cette apparente distinction de la personne du défunt et de celle de l'héritier, sans se mettre en contradiction avec ce que nous avons dit quand nous avons reconnu au droit de séparation des patrimoines le caractère d'un privilège.

(1) T. III, n° 222 *bis*. II.

Il n'existe qu'un débiteur : l'héritier; certains de ces créanciers, ceux qui avaient des droits contre le défunt, reçoivent de la loi un privilège : rien n'oblige le législateur à exagérer ce privilège en le constituant contre chaque héritier pour le tout quand l'héritier ne doit qu'une fraction. Le créancier, il est vrai, n'aura pas sur chaque bien de la succession le droit de poursuivre *in solidum* qu'il avait avant la mort de son débiteur; c'est la conséquence de la transformation de son droit, et la compensation de l'accroissement que reçoit ce droit quand, par la mort du débiteur, il se complète par un droit réel, un privilège.

Si les principes n'exigent pas que le droit des créanciers s'exerce pour le tout contre chaque héritier, nous ne devons pas, en l'absence de texte, donner à ce droit une portée aussi préjudiciable aux héritiers.

59 *bis*. VIII. Il faut dire des légataires ce que nous disons des créanciers. Quand ils exercent le droit de séparation des patrimoines, ils ne peuvent agir sur les biens échus à chaque héritier que pour la part de celui-ci. Il en est autrement s'ils invoquent l'hypothèque que leur attribue l'article 1017, car le texte leur donne alors l'action hypothécaire pour le tout. Cette différence peut paraître étrange. On peut s'étonner que le législateur n'ait pas mis en harmonie les différentes dispositions par lesquelles il garantit les droits des légataires. Mais ce défaut d'harmonie dérive d'un vice plus grave dans la composition du Code civil. Le législateur a donné aux légataires une double garantie : l'hypothèque et le privilège, et s'il ne s'est pas attaché à coordonner les deux dispositions qui concernent ces deux droits, c'est peut-être qu'il n'a pas songé que ces deux dispositions, sinon dans leurs détails, du moins par leurs effets principaux, constituaient dans le Code un véritable double emploi.

SECTION III.

Des privilèges qui s'étendent sur les meubles et les immeubles.

60. Les seuls de ce genre qui soient indiqués par le Code sont les privilèges énoncés dans l'article 2101. Les mêmes

motifs qui les ont fait établir sur la généralité des meubles, les font porter également sur la généralité des immeubles. V. art. 2104.

61. Toutefois, il paraît que c'est subsidiairement seulement que la loi affecte les immeubles à ces privilèges; mais lorsque la condition d'insuffisance du mobilier est remplie, elle leur accorde la préférence sur les privilèges spéciaux, au moins sur tous ceux qui sont désignés dans l'article 2103. V. art. 2105.

61 *bis.* I. L'article 2104 donne aux privilèges énumérés dans l'article 2101 le caractère de généralité; ils s'étendent sur les meubles et sur les immeubles. Il faut même remarquer la rédaction absolue de l'article 2104. L'extension du privilège aux immeubles n'est subordonnée à aucune condition, et notamment elle ne dépend pas de l'insuffisance du mobilier. Il sera parlé de cette condition d'insuffisance dans l'article 2105, mais alors il ne s'agit pas de l'existence du privilège, il s'agit de son rang. C'est la condition de la priorité du privilège, ce n'est pas la condition du privilège lui-même.

Qu'importe, en effet, aux créanciers chirographaires, destinés à être primés par les créanciers indiqués dans l'article 2101, que la priorité de ses créanciers s'exerce sur les meubles ou sur les immeubles? Quand ils rencontrent le privilège lors de la distribution du prix des immeubles, c'est qu'il ne leur a pas été opposé lors de la distribution du prix des meubles.

Cette considération explique pourquoi les rédacteurs du Code civil n'ont pas reproduit la règle que donnait sur ce point la loi de brumaire (art. 11). Dans ce texte, on voit que les privilèges dont nous nous occupons ne seront exercés sur les immeubles que subsidiairement et en cas d'insuffisance du mobilier pour acquitter ces créances. En substituant une autre rédaction à la rédaction si claire de la loi de brumaire, en séparant les deux dispositions qui règlent, l'une l'existence du privilège et l'autre son rang, le Code civil a manifesté l'intention de faire autrement que la loi de brumaire.

61 *bis.* II. Nous avons opposé les créanciers ayant le privilège général d'abord aux créanciers qui ont un privilège spécial sur les immeubles, ensuite aux créanciers chirographaires. Ils peuvent

aussi se trouver en lutte avec les créanciers hypothécaires, et dans cette situation on peut être tenté de leur refuser la priorité sur les créanciers hypothécaires, quand il est démontré qu'ils auraient pu se faire payer sur le prix des meubles. Il ne faut pas, dirait-on, que la négligence du créancier privilégié nuise aux créanciers hypothécaires ; il y a donc même raison pour accorder aux créanciers hypothécaires la préférence que l'article 2105 accorde aux créanciers qui ont un privilège spécial.

Nous ne pensons pas qu'il faille admettre cette solution, quand on décide, comme nous l'avons fait, que l'existence du droit de privilège est indépendante de l'insuffisance du mobilier. Si le créancier est privilégié, il doit primer les créanciers hypothécaires, à moins que la loi n'ait exprimé pour un cas spécial une règle exceptionnelle : c'est ce qu'elle n'a pas fait. Elle a bien tenu compte, entre créanciers privilégiés et pour déterminer la valeur relative de deux privilèges, de la suffisance ou de l'insuffisance du mobilier, mais elle n'a pas reproduit sa décision dans les rapports entre le créancier privilégié et un créancier hypothécaire. Or, admettre que le créancier privilégié prendra son rang après le créancier hypothécaire à cause de sa négligence, ce serait poser un principe que la logique conduirait à généraliser, et dont nous ne voyons aucune trace dans la loi. Il faudrait, en effet, partant de cette idée que tout créancier hypothécaire est en même temps chirographaire, traiter comme négligent le créancier qui n'aurait pas produit lors de la distribution du prix des meubles et diminuer, au bénéfice des créanciers hypothécaires ultérieurs, sa collocation sur le prix des immeubles de tout ce qu'il aurait pu obtenir comme créancier chirographaire. La loi a laissé une plus grande liberté au créancier, quant à l'exercice de ses droits : il est juge de ses intérêts, il n'est pas obligé à veiller aux intérêts des autres créanciers, et le choix qu'il a fait dans la gestion de ses propres affaires ne peut pas lui être imputé à faute.

61 *bis*. III. Dans l'hypothèse où s'applique l'article 2105, c'est-à-dire dans le cas de conflit entre les créanciers ayant un privilège en vertu de l'article 2101 et les créanciers qui ont un privilège spécial, le droit de préférence des privilèges généraux n'apparaît que subordonné à la condition d'insuffisance du mobilier ; par conséquent les autres créanciers privilégiés n'ont pas besoin d'agir comme s'ils avaient un bénéfice de discussion ; il ne faut pas les

soumettre aux nécessités qui pèsent sur des cautions ou sur des tiers détenteurs d'immeubles hypothéqués. Ils ne devraient pas faire l'avance des frais de discussion, ni même indiquer les biens à discuter (art. 2023). C'est au contraire le créancier ayant un privilège général qui, réclamant la priorité, doit prouver qu'il est dans les conditions où cette priorité lui appartient, et notamment que le mobilier du débiteur est ou était insuffisant pour le désintéresser.

62. Au nombre des privilèges qui s'étendent sur les meubles et les immeubles, il faut ranger celui du trésor public : 1° sur les biens des condamnés pour le recouvrement des frais ; 2° sur les biens des comptables pour le montant de leur *debet*. Mais le dernier n'existe sur les immeubles qu'autant qu'ils sont acquis à titre onéreux depuis la nomination du fonctionnaire. L'un comme l'autre, au surplus, ne s'exerce qu'après les privilèges spéciaux, et ne prime pas même indistinctement les hypothèques antérieures (lois du 5 septembre 1807).

62 *bis*. Les deux privilèges dont s'occupent les deux lois du 5 septembre 1807 passent non-seulement après les privilèges spéciaux, mais aussi après les privilèges généraux (art. 2 et 5 de la loi sur le privilège sur les biens des comptables ; art. 2 et 4 de la loi sur le privilège sur les biens des condamnés).

Quant à la préférence attribuée à ces privilèges sur les hypothèques, elle ressort de la nature du droit de privilège, mais elle ne leur est pas toujours réservée.

D'abord l'article 5 *in fine* de la loi sur les comptables reconnaît les droits préférables des créanciers du précédent propriétaire qui auraient sur les biens des hypothèques légales existant indépendamment de l'inscription, ou toute autre hypothèque valablement inscrite. Cette réserve n'a rien de particulier au privilège du Trésor; elle est la constatation d'une règle générale dont l'effet se fait sentir par rapport à tout créancier privilégié.

L'article 4 de la loi sur les condamnés (3° et 4°) admet la priorité des hypothèques légales existant indépendamment de l'inscription, pourvu qu'elles soient antérieures au mandat d'arrêt ou au jugement de condamnation, et des autres hypothèques

inscrites avant le privilège du Trésor, pourvu qu'elles résultent d'actes ayant date certaine antérieure au mandat d'arrêt ou au jugement de condamnation. Ces décisions de l'article 4 modifient singulièrement le caractère du droit du Trésor, car elles le laissent primer par des ayant cause du débiteur lui-même; en réglant entre ces ayant cause et le Trésor le rang d'après la date, elles traitent le privilège du Trésor comme une véritable hypothèque légale.

APPENDICE AUX SECTIONS II ET III.

Ordre des privilèges sur les immeubles.

63. La loi règle, comme on le voit, le rang des privilèges généraux sur les immeubles, soit entre eux (art. 2101), soit comparativement aux privilèges particuliers (art. 2105). Celui du privilège du Trésor étant également fixé par les lois ci-dessus citées, il reste seulement à déterminer l'ordre de préférence entre les cinq privilèges particuliers énumérés dans la section 2, auxquels il faut ajouter celui des créanciers et légataires (art. 2111).

64. A cet égard, nous observerons préalablement que les deux privilèges des bailleurs de fonds ne consistant que dans l'attribution faite à ceux-ci du privilège du vendeur ou de celui des ouvriers, il n'y a pas lieu de leur assigner un rang particulier pour le cas de concurrence avec d'autres privilèges. Que si c'est avec le vendeur lui-même ou les ouvriers non intégralement payés qu'ils se trouvent en concours, la règle de préférence est dans l'article 1252, dont l'application ici paraît indubitable, soit qu'il y ait subrogation proprement ou improprement dite.

Ainsi la question de priorité ne s'élève réellement qu'entre quatre privilèges : celui du vendeur, celui des copartageants, celui des ouvriers, et celui des créanciers et légataires.

65. Cela posé, je considère d'abord que le privilège des ouvriers s'exerce seulement sur la plus-value résultant de

leurs travaux, et je n'hésite pas dès lors à lui assigner la préférence sur ceux du vendeur et du copartageant. Quant à ces deux derniers privilèges, leur nature étant identique, mon avis est que la priorité doit se régler entre eux comme elle se règle entre plusieurs vendeurs, c'est-à-dire par l'ordre successif (1).

A l'égard des créanciers et légataires, ils ne jouissent d'aucun privilège relativement aux créanciers, même chirographaires, du défunt ; mais je pense, d'après l'article 878, qu'ils doivent en général primer tous créanciers, même privilégiés, de l'héritier.

65 *bis*. I. Le classement des privilèges sur les immeubles présente moins de difficulté que celui des privilèges sur les meubles. En effet, la loi a prévu le cas de concours entre les privilèges généraux et les privilèges particuliers de l'article 2103. D'un autre côté, l'énumération de l'article 2103 se réduit véritablement à trois privilèges, et ces trois privilèges ont tous la même raison d'être, ils dérivent de la même idée : le créancier a mis une valeur dans la masse ; la comparaison entre eux est dès lors assez facile. La loi, d'ailleurs, dans l'article 2103—1°, nous montre comment cette comparaison doit être faite. Il faut rechercher quel est véritablement celui qui a mis dans les biens du débiteur les valeurs sur lesquelles portent les droits privilégiés. Entre deux vendeurs successifs la loi préfère le plus ancien ; entre deux copartageants successifs ou entre un vendeur et un copartageant il doit en être de même. C'est celui dont le droit est le plus ancien qui a mis la valeur à la masse, soit qu'il l'ait apportée en la vendant, soit qu'il ait consenti par un partage à ce qu'elle fût considérée comme la propriété exclusive de son copropriétaire par indivis.

65 *bis*. II. Si l'on suppose maintenant un vendeur ou un copartageant en conflit avec un constructeur (architecte, maçon, ouvrier), c'est toujours le même principe qu'il faut appliquer, en faisant cette observation, que le constructeur est toujours le plus ancien créancier ayant des droits sur l'objet de son privilège ; car son

(1) V. *Thémis*, t. VI, p. 248.

droit frappe seulement la plus-value résultant des travaux, et sur cette plus-value, créée par le constructeur, qui pourrait avoir un droit plus ancien que celui de ce constructeur? Le vendeur ou le copartageant dont le privilège remonterait à une époque antérieure aux travaux, n'avait de droit que sur l'immeuble tel qu'il était avant la construction, et ce droit n'a pu s'étendre à la plus-value qu'après cette création, c'est-à-dire après la naissance du privilège du constructeur.

65 *bis*. III. Quant aux créanciers et légataires invoquant la séparation des patrimoines, il ne peut s'agir de régler leur rang que par rapport aux créanciers de l'héritier, car ils n'ont pas de privilège contre les créanciers du défunt. Et parmi les créanciers de l'héritier, ils ne peuvent rencontrer, leur faisant obstacle, qu'un constructeur, ou un créancier qui aurait un privilège général.

Il ne peut, en effet, s'élever aucun conflit sur le rang entre les créanciers qui invoquent la séparation des patrimoines et un vendeur ou un copartageant ayant des droits postérieurs à l'ouverture de la succession. Le copartageant serait nécessairement un héritier, par conséquent il ne pourrait prétendre à être payé par préférence aux créanciers héréditaires ou aux légataires. L'hypothèse du conflit avec un vendeur dépendrait de la question de savoir si les créanciers qui invoquent la séparation des patrimoines ont un droit de suite, et si l'on admet l'existence de ce droit, la priorité des créanciers par rapport au vendeur ne peut pas être douteuse.

65 *bis*. IV. La question est plus délicate quand elle est posée relativement au privilège du constructeur. Nous supposons que postérieurement à l'ouverture de la succession, l'héritier a fait faire des travaux, et que les architectes ou ouvriers ont pris les précautions exigées par l'article 2103 pour s'assurer leur privilège. Certes, il serait facile de dire, en se tenant rigoureusement aux principes : Ce constructeur n'est après tout qu'un créancier de l'héritier, et les créanciers héréditaires ou les légataires sont préférables à tous les créanciers de l'héritier; donc le constructeur ne peut pas contester la priorité des créanciers et des légataires. Cette solution nous paraît cependant inadmissible, parce qu'elle conduit à une iniquité. Les créanciers et les légataires s'enrichiraient alors au détriment des constructeurs, ils seraient payés sur des valeurs qui

ne faisaient pas partie de la succession, c'est-à-dire sur la plus-value résultant des travaux. Le Code, qui n'admet pas qu'un propriétaire puisse s'enrichir ainsi au détriment d'un possesseur de mauvaise foi (art. 555), ne doit pas avoir consacré un résultat analogue dans le cas qui nous occupe et qui est bien plus favorable, puisque le constructeur a travaillé d'après les ordres du propriétaire lui-même. Il suffit, pour repousser cette solution, et pour échapper à l'argument théorique que nous avons d'abord présenté, de considérer le constructeur comme n'étant pas seulement l'ayant cause de l'héritier, mais comme étant devenu créancier de la succession, puisqu'il a travaillé pour augmenter la valeur des biens héréditaires, et que l'héritier qui a ordonné les travaux a agi comme gérant d'affaires de la succession. Envisagée ainsi, la créance du constructeur devra primer toutes les autres, comme si le constructeur avait traité avec le défunt et travaillé pour lui.

65 *bis*. V. Restent donc à classer les privilèges généraux relativement au privilège des créanciers héréditaires et des légataires. S'il s'agit des créanciers ayant un privilège général du chef du défunt, il ne peut y avoir difficulté, car les créanciers qui invoquent seulement la séparation des patrimoines ne sont pas privilégiés par rapport aux autres créanciers du défunt et doivent être primés par ceux qui ont un privilège ou une hypothèque du chef du défunt. S'il s'agit, au contraire, de comparer les créanciers qui invoquent la séparation des patrimoines aux créanciers de l'héritier qui réclameraient les privilèges des articles 2101 et 2104, la préférence ne peut être refusée au privilège de la séparation des patrimoines, car il donne la priorité sur tous les créanciers de l'héritier (art. 878). Il faudrait cependant détacher de l'énumération contenue dans l'article 2101 le privilège pour frais de justice. Car si les frais ont profité à la masse héréditaire, ils doivent être privilégiés contre les créanciers de la succession et contre les légataires; on peut alors considérer les créanciers pour frais de justice comme étant tout aussi bien créanciers de la succession que de l'héritier, ce qui écarte l'application de l'article 878.

SECTION IV.

Comment se conservent les privilèges.

66. Les privilèges sur les meubles ne sont assujettis pour leur conservation à aucune formalité particulière ; mais les privilèges sur les immeubles renfermant une véritable hypothèque, ils sont naturellement compris dans le système de publicité qui fait la base de notre régime hypothécaire. Leur effet, *entre les créanciers* (1), est donc, sous les exceptions qui vont suivre, subordonné à la formalité de l'inscription. La loi dit même qu'ils n'ont d'effet qu'*à compter de la date de l'inscription*. V. art. 2106.

66 *bis*. I. Il s'agit dans cette section des règles concernant la publicité des privilèges en ce qui touche le droit de préférence, c'est-à-dire dans le conflit de créancier à créancier. Il faut remarquer immédiatement que le conflit entre le créancier privilégié et le tiers détenteur est réglé par l'article 2166. Nous traitons des conditions de publicité auxquelles sont assujettis les privilèges pour l'exercice du droit de préférence; tout ce qui concerne le droit de suite est réservé.

66 *bis*. II. Les privilèges sur les immeubles doivent être inscrits au bureau des hypothèques. Voilà la règle générale posée par l'article 2106. Cette règle et surtout le texte qui la consacre, demandent quelques explications.

L'article, en effet, a une partie très claire et qui se justifie très

(1) Observons que c'est seulement entre les créanciers, par conséquent sous le rapport du droit de préférence, que la loi considère ici l'effet des privilèges ; ce n'est donc qu'au droit de préférence que se réfèrent directement, et le principe de la nécessité de l'inscription (art. 2106), et les exceptions ou modifications apportées à ce principe (art. 2107-2111) ; mais, outre le droit de préférence, l'hypothèque privilégiée, comme toute autre, confère encore le droit de suite sur les immeubles (art. 2114). Nous verrons ultérieurement que ce droit aussi est subordonné à la formalité de l'inscription (art. 2165 ; C. Pr., art. 834). Nous aurons alors à examiner si, et jusqu'à quel point, les exceptions ou modifications ici consacrées sont applicables au principe de l'inscription considérée comme condition du droit de suite. (Note de M. Demante.)

facilement. Les privilèges doivent être inscrits, sinon ils n'ont pas d'effet. La loi veut protéger ceux qui traitent avec le propriétaire de l'immeuble : notamment, puisque nous nous préoccupons du droit de préférence, elle veut protéger les créanciers hypothécaires du propriétaire ; il ne faut pas que ceux-ci, après avoir compté sur la garantie réelle que leur offrait l'immeuble, voient apparaître un privilège resté occulte qui enlèvera par préférence tout ou partie du prix de l'immeuble.

66 *bis*. III. A côté de cette décision si claire, il y a dans l'article 2106 des mots qui ont besoin d'être bien compris ; car, mal entendus, ils constitueraient une erreur du législateur. Ce sont les expressions *à compter de la date de cette inscription*. S'il fallait en conclure qu'en toute circonstance le privilège sera classé, colloqué au rang que lui assignerait la date de son inscription ; si, par exemple, le constructeur qui a fait des travaux et qui s'est inscrit en 1886 doit être placé après un créancier hypothécaire inscrit en 1885, le constructeur n'a plus de privilège, l'expression de la loi est impropre, et la loi se trouve abandonner la distinction qu'elle a faite entre les privilèges et les hypothèques légales, ceux-là qui ont un rang dépendant de leur qualité et celles-ci dont le rang dépend d'une date, *ex tempore*.

On ne pourrait pas non plus faire concorder ces expressions de l'article 2106 avec l'article 2113, qui frappe certains créanciers privilégiés négligents en faisant dégénérer leur privilège en hypothèque, et qui explique cette dégénérescence en disant que leur hypothèque ne date, à l'égard des tiers, que de l'époque des inscriptions.

Les expressions obscures de l'article 2106 : à compter de la date de cette inscription, ne signifient donc pas que le rang du privilège dépend de la date de son inscription ; elles ont un sens cependant, et l'on ne peut pas se contenter de les rayer de l'article comme des mots parasites et dangereux. Si l'article 2106 ne contenait pas cette restriction sous une forme ou sous une autre, on pourrait croire que le rang du privilège est absolument indépendant du moment où ce droit a été inscrit. On arriverait à penser qu'un privilège existant depuis le mois de janvier et inscrit en mars primera toujours une hypothèque inscrite en février. On créerait ainsi une sorte de rétroactivité de l'inscription qui serait bien dangereuse pour le crédit, et qui détruirait véritablement le

principe de publicité que la loi a d'abord posé dans l'article 2106. On rendrait, en outre, inutile la disposition de l'article 2109 qui organise, dans un certain cas spécial, cette rétroactivité de l'inscription.

66 *bis*. IV. Le sens du membre de phrase que nous étudions apparaît quand on compare l'article 2106 à l'article correspondant de la loi du 11 brumaire an VII. C'est, en effet, de cette loi de l'an VII que dérive l'article 2106 comme presque toutes les règles du Code civil sur la publicité des privilèges et des hypothèques.

Voici quel était le système de brumaire : Les privilèges n'ont d'effet que par l'inscription (art. 2). Le principe de la publicité était posé, mais la question de rang n'était pas réglée. Des autres articles de la loi il résultait que la publicité, pour conserver au droit son rang de privilège, devait être donnée avant la naissance du droit ou au plus tard lors de la naissance de ce droit. L'article 13 disait du privilège des ouvriers qu'il devait être inscrit avant le commencement des réparations, et qu'il n'avait d'effet que par cette inscription, en n'ajoutant pas, et avec raison, à la date de cette inscription. L'article 29, en établissant que le privilège du vendeur se conservait par la transcription, imposait une publicité contemporaine de la transmission de propriété, et par conséquent du moment où naissait la créance privilégiée du vendeur se substituant au droit de propriété.

On n'admettait pas qu'une inscription tardive pût rétroactivement donner un droit de préférence; les tiers auraient été trompés par l'augmentation apparente du patrimoine du débiteur. Il fallait qu'ils fussent prévenus que cette augmentation n'était qu'apparente avant qu'elle eût pu leur inspirer confiance. Le privilège du vendeur, celui des ouvriers, ont pour cause la mise d'une valeur dans le patrimoine du débiteur, c'est-à-dire une augmentation de ce patrimoine donnant au débiteur plus de crédit ; comme cette valeur ajoutée est grevée d'un privilège, il fallait, pour que le public n'y fût pas trompé, qu'il fût prévenu, par l'annonce du privilège, avant l'entrée de cette valeur dans le patrimoine, avant l'événement qui donne naissance au privilège.

66 *bis*. V. Tel est le système, très logique à la fois et très pratique, que le Code a voulu admettre. Ce qui démontre cette intention, c'est qu'on a d'abord presque copié l'article 2 de la loi de brumaire : les privilèges n'ont d'effet que par leur inscription,

quand on a écrit : les privilèges ne produisent d'effet à l'égard des immeubles qu'autant qu'ils sont rendus publics par inscription. Seulement les rédacteurs du Code civil ont voulu faire plus et mieux que la loi de brumaire, mettre dans la règle générale ce que la loi de brumaire ne faisait apparaître que dans des articles de détail. On a voulu exprimer d'une manière générale qu'une inscription prise à une époque quelconque ne suffirait pas pour conserver au droit du créancier son caractère privilégié.

La pensée était heureuse, car substituer une formule générale à des décisions d'espèces, c'était mettre la règle en évidence et la poser pour tous les cas où la loi ne se serait pas exprimée. Mais l'exécution n'a pas répondu à l'intention; on n'a pas trouvé une formule claire et exacte; on ne s'est préoccupé que d'une hypothèse, celle, en effet, où il était nécessaire de montrer la sanction de la règle. On a songé à l'inscription tardive, sous-entendant, il est vrai, au grand dommage de l'article, l'explication de ce qu'est une inscription tardive, et de cette inscription on a pu dire qu'elle ne donnait d'effet au privilège qu'à sa date. Le vice de l'article consiste donc en ce que la règle ne s'y trouve qu'à l'état latent, tandis que c'est la sanction de la règle qui apparaît.

66 *bis*. VI. La théorie de l'article est confirmée et complétée par l'article 2113. Elle est confirmée, car l'article suppose que « les conditions ci-dessus prescrites pour conserver le privilège n'ont pas été accomplies », et que cependant il existe une inscription, d'où nous devons conclure que dans la pensée du Code la règle ne consiste pas seulement à exiger une inscription prise à une époque quelconque, qu'il y a, pour parler le langage de la loi, d'autres conditions à accomplir; et quelles peuvent être ces conditions, si ce n'est cette nécessité sous-entendue de publier le privilège à temps, à une époque où la publicité peut utilement prévenir les tiers?

L'article confirme encore la théorie que nous trouvons dans l'article 2106, lorsque, après avoir réduit le créancier à la situation de simple créancier hypothécaire, il tire de ce fait cette conséquence que le droit ne datera que de l'époque des inscriptions.

66 *bis*. VII. Le système enfin est complété par l'article 2113, puisque c'est là qu'apparaît la sanction de la règle qui impose au

créancier privilégié l'obligation de s'inscrire en temps opportun. Cette sanction consiste en ce que le privilège inscrit trop tard dégénère en simple hypothèque. Ce n'est point là, il faut le remarquer, une sanction arbitraire édictée par le législateur, comme serait prononcée une peine, une amende; la sanction dérive naturellement du but de la disposition sanctionnée. Il faut que les tiers ne soient pas trompés par l'augmentation apparente du patrimoine du débiteur, et ceux-là seulement peuvent se plaindre d'avoir été trompés, qui ont des droits antérieurs à l'inscription du créancier privilégié. A ceux-là seulement le retard de l'inscription a pu porter préjudice. Quant à ceux dont les droits sont postérieurs à l'inscription, ils ont été suffisamment prévenus, et il importe peu que cette inscription n'ait pas été prise aussitôt qu'elle aurait dû l'être.

67. En posant le principe de l'inscription comme condition nécessaire pour conserver le privilège, nécessaire également pour fixer sa date, en tant qu'il peut être utile de lui en assigner une, la loi elle-même annonce des exceptions à ce principe (art. 2106 *in fine*).

Ces exceptions consistent, ou dans la dispense absolue d'inscription (art. 2107), ou dans le remplacement de cette formalité par une autre de même valeur (art. 2108 ; v. aussi art. 2110), ou, enfin, dans la rétroactivité accordée à l'inscription, soit sous la condition (1) qu'elle sera prise dans un certain délai (art. 2109, 2111), soit sous d'autres conditions que la loi détermine (art. 2110).

68. La loi dispense absolument de l'inscription les créances énoncées dans l'article 2101, lesquelles, à raison sans doute de leur modicité ordinaire, ont paru pouvoir être affranchies sans danger du principe de publicité. V. art. 2107.

69. Quant au privilège du vendeur, il reste bien soumis à l'application du principe ; mais la loi permet jusqu'à un cer-

(1) Remarquons, quant à la condition du délai, que si d'un côté ce délai procure au créancier qui l'observe l'avantage de la rétroactivité, d'un autre côté, son expiration sans inscription emporte déchéance du privilège, lequel dégénère alors en simple hypothèque (art. 2113). (Note de M. Demante.)

tain point de remplacer à son égard, par un équivalent, le moyen ordinaire de publicité. Ainsi, nul ne devant naturellement traiter avec l'acheteur au sujet du bien par lui acquis, sans s'assurer qu'il a fait transcrire son titre, il suffit que la transcription, en révélant la créance du vendeur non payé, ou celle du bailleur de fonds qui lui est subrogé, révèle par là même l'existence du privilège, pour que les tiers puissent éviter d'être trompés. C'est pourquoi la loi veut que la transcription vaille inscription, à l'effet de conserver le privilège, pourvu, bien entendu, que le titre transcrit constate que la totalité ou partie du prix est due, et pourvu, à l'égard du bailleur de fonds, que sa subrogation résulte du même contrat.

Quoi qu'il en soit, l'inscription étant toujours un moyen plus simple, et par conséquent plus sûr, de procurer la publicité, la loi n'en dispense pas absolument ; mais au lieu de subordonner à l'accomplissement de cette formalité l'existence du droit, elle se borne à imposer au conservateur l'obligation de la remplir d'office, dans l'intérêt des tiers, et sous sa responsabilité envers eux.

A l'égard de la transcription, qui suffit, comme on l'a dit, pour conserver le privilège, et qui, de plus, met le conservateur à même d'opérer l'inscription d'office, c'est ordinairement l'acheteur qui, dans son propre intérêt (v. art. 2181, et art. 3 l. du 23 mars 1855), y fait procéder. Mais le vendeur et le bailleur de fonds sont, comme de raison, autorisés à la faire faire, si elle ne l'a été. V. art. 2108 ; et remarquez :

1° Que la loi ne fixant aucun délai pour la transcription, le vendeur ou son subrogé sont toujours à temps, au moins jusqu'à la transcription d'un acte d'aliénation (v. art. 2166), de s'assurer, en y faisant procéder, la préférence sur les créanciers hypothécaires de l'acheteur, quelle que soit la date de leurs créances et de leurs inscriptions.

Remarquons 2° que la transcription pouvant s'appliquer aussi bien à un titre sous seing privé qu'à un titre authen-

tique (1), elle ne sera pas moins efficace dans un cas que dans l'autre pour la conservation du privilège (nonobstant article 2148).

69 *bis*. I. La disposition de l'article 2108 relative au privilège du vendeur est à la fois une exception à la règle de l'article 2106 sur la publicité des privilèges et une application de cette règle. C'est une exception, parce qu'à la formalité de l'inscription elle substitue celle de la transcription ; c'est une application, parce qu'au fond le système est le même ; le droit de privilège s'annonce au public au moment même ou le public apprend l'événement qui lui donne naissance, nous voulons dire la translation de propriété.

La règle principale de l'article se réduit à ceci : au lieu d'annoncer le privilège par une inscription, c'est-à-dire un avis spécial publiant l'existence du privilège et les conditions de cette existence (art. 2148), on manifeste indirectement le droit au public, en lui donnant connaissance complète, par une copie littérale, de l'acte de vente, d'où les intéressés pourront tirer par le raisonnement la preuve qu'un privilège existe, puisque l'acte constate que le vendeur n'est pas payé du prix de son immeuble.

69 *bis*. II. L'article 2108 qui consacre cette dérogation aux règles générales sur la publicité est emprunté à la loi de brumaire (art. 29). Le point de départ de cet article 29 était une disposition fondamentale de cette loi de brumaire qui assujettissait les actes translatifs de biens et droits susceptibles d'hypothèque à la transcription, et qui ajoutait : « Jusque-là ils ne peuvent être opposés aux tiers qui auraient contracté avec le vendeur et qui se seraient conformés aux dispositions de la présente. » L'acte de vente étant réputé non avenu par rapport aux ayant cause du vendeur tant que la transcription n'était pas faite, l'immeuble pour les ayant cause de l'acheteur, et notamment pour les créanciers hypothécaires, n'entre réellement dans le patrimoine de celui-ci que par la transcription ; à partir de ce moment seulement ils ont pu croire à une augmentation du patrimoine de leur débiteur. C'est alors qu'ils ont besoin de savoir que cette augmentation est grevée d'un privilège, et ils l'apprennent par la transcription elle-même. Avant de traiter avec l'acheteur, il faut bien qu'ils sachent si sa propriété

(1) Avis du conseil d'État du 12 floréal an XIII.

n'est pas menacée par les ayant cause possibles du vendeur: ils sont fixés sur ce point en vérifiant si la transcription a été faite, et cette vérification, quand la transcription a eu lieu, leur apprend l'existence du privilège.

69 *bis*. III. Voilà le système de la loi de brumaire; celui du Code civil n'a pas été si complet et si bien enchaîné, puisque la transcription n'a pas été déclarée nécessaire pour que les actes d'aliénation fussent opposables aux ayant cause de l'aliénateur. On a même dit à cause de cela que l'article 2108 avait été abrogé, qu'il était tombé avec le principe dont il était la conséquence. Il nous paraît difficile d'admettre cette abrogation tacite d'un article de loi par la loi même qui contient cet article. Le titre des priviléges et hypothèques (loi du 28 ventôse an XII) comprend à la fois l'article 2108 et les articles d'où l'on induit que, par prétérition, le système de brumaire sur la transcription a été abandonné (art. 2181, 2182). Il ne faut donc pas parler d'abrogation, il faudrait dire que l'article 2108, aussitôt édicté et promulgué, a été inapplicable parce que la législation qui l'édictait était incomplète et rendait son fonctionnement impossible. Ainsi présentée, la thèse serait encore plus inadmissible que celle de l'abrogation tacite. Car bien que la publicité résultant de la transcription fût moins bien organisée que dans le système de la loi de brumaire, on ne pouvait pas dire qu'elle fût devenue, en l'an XII, absolument inefficace. A cette époque, la transcription avait toujours une utilité considérable, elle seule permettait au conservateur de rattacher au nom du nouveau propriétaire les inscriptions prises du chef du précédent; par conséquent, quiconque voulait traiter avec un propriétaire et tenait à se renseigner sur l'état hypothécaire de l'immeuble, devait s'assurer que la transcription du titre de ce propriétaire avait été faite. Cette vérification lui montrait le privilège du vendeur en lui apprenant que le prix n'avait pas été payé lors du contrat.

69 *bis*. IV. Plus tard, en 1807, le Code de procédure a établi que des inscriptions pourraient être prises du chef du vendeur jusqu'à la transcription et même dans la quinzaine de cet acte. Dès lors les tiers traitant avec l'acheteur ont eu un nouvel intérêt à vérifier l'existence de la transcription, et l'article 2108 a acquis une nouvelle raison d'être.

69 *bis*. V. Aujourd'hui, depuis la loi du 23 mars 1855 sur la

transcription, on peut dire que l'article 2108 a repris toute son actualité, puisque le principe de la loi de brumaire sur la nécessité de la transcription a été remis en vigueur (art. 1er, 2 et 3).

69 *bis*. VI. La disposition secondaire de l'article 2108 oblige le conservateur à prendre une inscription d'office pour le vendeur, lorsqu'il fait la transcription du contrat. Il s'agit de faciliter les recherches sur les registres et de venir en aide à ceux qui n'auraient consulté que les registres d'inscriptions sans s'inquiéter des registres de transcriptions.

Mais tout en facilitant les recherches, la loi n'a pas abandonné l'idée première de l'article. C'est la transcription qui conserve le privilège, l'inscription d'office est un renseignement supplémentaire; il ne dépend pas du vendeur qu'elle soit faite ou omise; donc son omission ne doit point porter préjudice au vendeur. Pour celui-ci la transcription vaut inscription, d'après les termes mêmes de l'article. Le public, les tiers pourront souffrir de l'omission de l'inscription d'office; ce renseignement leur manquant, ils auront accordé à l'acheteur une confiance dangereuse; ces tiers auront un recours contre le conservateur des hypothèques obligé par suite de sa négligence. En donnant ce développement, l'article prouve surabondamment que l'existence de l'inscription d'office n'est pas nécessaire pour vivifier le privilège.

69 *bis*. VII. Le privilège du vendeur qui jouit d'une faveur exceptionnelle en ce qu'il est conservé par la transcription, c'est-à-dire par un acte qui le plus souvent n'est pas fait à la diligence du vendeur, n'est pas mis toutefois, par l'article 2108, en dehors du droit commun. Il pourrait être conservé par une inscription que requerrait le vendeur. L'inscription est le mode commun de publicité des droits hypothécaires et en particulier des privilèges; elle publierait le droit du vendeur mieux encore que la transcription, puisque le législateur lui-même a cru devoir compléter la transcription par l'inscription d'office; il n'y a donc pas de raison pour priver le vendeur du droit de s'inscrire. Au surplus, la loi de 1855 (art. 6, § 2) présente l'inscription comme un mode possible de publicité du droit du vendeur.

Il s'est élevé cependant contre cette solution une objection théorique; on a dit : L'acte est transcrit ou il ne l'est pas; s'il est transcrit, l'inscription est inutile; s'il n'est pas transcrit, la vente n'a pas d'existence à l'égard des tiers; donc le vendeur est encore

propriétaire de l'immeuble et ne peut pas prendre une inscription sur lui-même. Il faut répondre à cette objection en montrant qu'elle exagère la portée de l'article 3 de la loi de 1855. On n'y lit pas que la vente non transcrite n'a pas d'effet à l'égard des tiers, mais simplement qu'elle ne peut être opposée aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés conformément aux lois. La vente produit donc des effets entre les parties, elle crée des droits en faveur de l'acheteur et de ses ayant cause; par conséquent le vendeur ne peut pas se prétendre propriétaire à l'égard de l'acheteur, il est seulement, par rapport à lui, créancier privilégié du prix, et il peut conserver sa créance par une inscription.

69 *bis*. VIII. Cette inscription présenterait-elle quelque utilité? Si elle doit en être dénuée, il y aurait dans ce fait une autre objection contre la solution que nous avons donnée. Il peut d'abord sembler qu'elle est inutile, car la transcription, faite à une époque quelconque, assure au privilège son rang et le place avant les créanciers hypothécaires qui se seraient inscrits, depuis la vente, du chef de l'acheteur. Dès lors on n'aperçoit pas tout d'abord quel intérêt le vendeur aurait à se presser et à prendre une inscription dans les premiers temps qui suivraient la vente. Cette observation est exacte tant qu'on suppose l'immeuble resté entre les mains de l'acheteur : les créanciers de celui-ci ne seront jamais à craindre pour le vendeur, qui sera toujours à temps de faire la transcription. Mais il peut survenir une aliénation. L'acheteur vend à son tour : si le second acheteur fait transcrire son acte d'achat, le premier vendeur ne peut plus transcrire utilement pour la conservation de son privilège, à moins qu'il ne se trouve dans le délai de quarante-cinq jours qui commence à courir à partir de la vente par lui consentie (l. de 1855, art. 6).

69 *bis*. IX. Les règles qui concernent le privilège du vendeur sont appliquées par l'article au privilège du bailleur des fonds qui ont servi à payer le vendeur. Il n'y aurait pas d'observation à faire sur ce point si la loi ne paraissait, dans l'article 2108, avoir subordonné le privilège du bailleur de fonds à d'autres conditions que celles qu'indique l'article 2103-2°. Nous avons dit, sur ce dernier article (n° 54 *bis*), qu'il n'est pas nécessaire que la quittance du vendeur ou que l'acte d'emprunt porte mention expresse d'une subrogation en faveur du prêteur, et voilà l'arti-

cle 2108 qui demande que le prêteur soit subrogé aux droits du vendeur par le même contrat. Y a-t-il donc divergence entre les deux articles? Faut-il, complétant le premier par l'autre, exiger une mention expresse de subrogation dans l'acte de vente? Nous ne le pensons pas : d'abord il serait étrange que la disposition constitutive du privilège fût modifiée incidemment par l'article qui règle les formalités de publicité. Puis il ne nous paraît pas que l'article 2108 ait le moins du monde ajouté à l'article 2103. Que demande en effet l'article 2108? Que le prêteur qui a fourni les deniers soit subrogé par le même contrat. Dit-il que cette subrogation doit être expresse? S'il ne le dit pas, il s'en réfère à ce qui a été établi par l'article 2103. Il ne revient pas sur les conditions de cette sorte de subrogation. Il renvoie à l'article où la question a déjà été traitée. Or, d'après l'article 2103, le privilège est subordonné à deux conditions, acte d'emprunt authentique, quittance authentique, indiquant l'un la destination, l'autre l'origine des deniers; de la réunion de ces conditions résulte le privilège. Il en résulte par une subrogation tacite. Quand ces deux actes, l'emprunt et la quittance, se trouvent constatés dans l'acte de vente, on peut bien dire que le prêteur est subrogé par le contrat même d'acquisition. Il est subrogé tacitement comme, d'après l'article 2103, le bailleur de fonds est subrogé tacitement par un acte d'emprunt et une quittance séparés et distincts de l'acte de vente.

Tout ce que l'article 2108 contient donc de plus que l'article 2103, c'est que les conditions exigées par cet article doivent être réunies dans le contrat de vente. Cela va de soi, puisqu'il s'agit (art. 2108) de donner à la transcription, à la copie littérale de l'acte de vente, la force de conserver le privilège du bailleur de fonds, il est absolument nécessaire que les éléments de ce privilège apparaissent dans l'acte transcrit; sans cela il lui faudrait donner une publicité spéciale.

70. Le privilège du cohéritier, que la loi ici reconnaît commun à tout copartageant, et dont elle fait l'application sur les biens de chaque lot, pour les soulte et retour de lots, et sur le bien licité, pour le prix de la licitation, reste soumis à la règle de l'inscription. Il y a seulement modification à

cette règle, en ce sens qu'il est fixé un délai dans lequel l'inscription prise assure au privilège tous ses effets, mais dont l'expiration sans inscription emporterait, sous certain rapport, déchéance. Ce délai est de soixante jours, à dater de l'acte qui donne naissance au privilège. V. art. 2109 ; et remarquez que la loi ne fait point ici mention de la garantie des partages.

70 *bis*. I. Les copartageants sont soumis, comme les autres créanciers privilégiés, à la publicité; mais ils sont exceptés de la règle générale contenue dans l'article 2106, en ce qu'il n'est pas nécessaire qu'ils s'inscrivent avant la naissance de leur droit; ils ont soixante jours à compter du partage ou de la licitation pour s'inscrire; et quand ils sont inscrits dans ce délai, ils priment même les créanciers hypothécaires inscrits avant eux du chef des autres copartageants. Après les soixante jours, le droit n'est pas perdu, pour n'avoir pas été inscrit, mais il dégénère en hypothèque, et n'a plus de rang qu'à la date de l'inscription.

Le système est très-simple; la loi a compris qu'il serait difficile en pratique de prendre inscription avant la naissance du droit. Car il faut que le partage soit fait pour que les parties sachent quels biens vont être grevés. Une fois le partage fait, le privilège serait déjà né, et il serait déjà trop tard pour prendre l'inscription qui conserve au privilège son caractère. Il fallait donc un délai, fût-il d'une heure, fût-il d'un jour; on a donné un délai raisonnable, et l'on a pu le faire sans danger, car les tiers sont prévenus par l'article de n'accorder confiance à un copartageant sur les biens qui composent son lot, que lorsqu'il s'est écoulé soixante jours depuis le partage. Le crédit des copartageants est un peu altéré pendant ce court délai, mais le crédit public est assuré par cette précaution.

70 *bis*. II. Le silence de l'article 2109 sur le privilège du copartageant au cas d'éviction nécessite quelque explication. Il est clair d'abord que de ce silence on ne peut pas conclure à l'inexistence du privilège. L'article 2109 est la mise en œuvre du privilège; il ne peut pas avoir eu l'intention de détruire l'article 2103 qui constitue le droit. Pourrait-on, d'un autre côté, considérer le privilège au cas d'éviction comme placé en dehors de l'article 2109, et par conséquent régi, au point de vue de la publicité, par l'article 2106? Il faudrait alors que ce privilège fût inscrit avant sa

naissance à peine de dégénérer en hypothèque. Nous avons montré les raisons pratiques qui rendent inapplicable au privilège de copartageant en général, la règle sur l'inscription des privilèges avant leur naissance. Le Code n'a donc pas pu vouloir faire sur ce point une distinction entre les différentes créances privilégiées à la suite d'un partage.

Il faut reconnaître que l'article 2109 est une disposition réglementaire qu'il ne faut pas isoler et distinguer de la disposition principale; elle doit s'appliquer à tous les cas compris dans cette disposition.

71. Le privilège des ouvriers, ou des bailleurs de fonds qui leur sont subrogés, ne pouvant, comme on l'a vu, excéder ni le montant des sommes dues pour les travaux, ni la plus-value qui en résulte, ce sont les documents propres à établir la valeur des travaux sous ce double point de vue qu'il importe de publier dans l'intérêt des tiers. Ce but est atteint par l'inscription des deux procès-verbaux exigés comme condition de l'existence du privilège. La loi ne fixe aucun délai pour opérer cette inscription. Il doit en résulter qu'à quelque époque qu'elle ait lieu, elle suffira pour assurer l'exercice du privilège contre les créanciers antérieurs au commencement des travaux. Mais si les ouvriers ont négligé de faire inscrire le premier procès-verbal aussitôt qu'il a été dressé, et que des tiers aient acquis hypothèque sur le bien augmenté ou réparé, dans l'ignorance légale de la créance privilégiée, il est juste que l'exercice du privilège ne puisse enlever à ces tiers le droit qu'ils ont acquis. C'est en ce sens que l'effet du privilège n'est assuré qu'à la date de l'inscription du procès-verbal. V. art. 2110.

71 *bis*. I. Nous trouvons dans l'article 2110, à propos du privilège des architectes, entrepreneurs, maçons et ouvriers, constitué par l'article 2103-4°, l'application, dans toute sa pureté, du système formulé par l'article 2106.

Le constructeur, nous employons une expression générale, doit faire inscrire les deux procès-verbaux exigés par l'article 2103. Le premier, qui constate l'état de l'immeuble avant les travaux, ma-

nifeste l'intention de faire des travaux; le second, qui est un acte de réception des ouvrages faits, constate le maximum du privilège en déterminant la plus-value résultant des travaux. Inscrire le premier procès-verbal, c'est donc prévenir les tiers qui pourraient avoir l'intention de traiter avec le propriétaire; inscrire le second, c'est empêcher que l'inscription du premier ne porte une atteinte trop complète au crédit du débiteur. La première inscription protège les tiers, la seconde protége le débiteur; c'est donc la date de la première inscription qui est particulièrement intéressante. La loi ne laisse aucun doute sur ce point, car, reprenant la formule de l'article 2106, elle dit que le privilège est conservé à la date de l'inscription du premier procès-verbal.

L'explication que nous avons donnée des expressions de l'article 2106 nous dispense de rechercher le sens des mêmes mots employés par l'article 2110. Nous entendons que la date de l'inscription du premier procès-verbal est intéressante pour savoir si le privilège a été inscrit à temps, c'est-à-dire avant sa naissance. Inscrit avant le commencement des travaux, il reste un privilège. Inscrit après le commencement des travaux, il n'est plus qu'une hypothèque, et les expressions de la loi : à la date de l'inscription. deviennent une vérité. L'article 13 de la loi de brumaire exprime plus clairement la pensée et peut être présenté comme un commentaire anticipé du Code civil. Il donne très précisément la règle que le procès-verbal doit être inscrit avant la naissance du privilège, avant le commencement des travaux, et il ajoute que le privilège n'a d'effet que par cette inscription.

71 *bis*. II. Le Code civil, pas plus que la loi de brumaire, n'exige l'inscription du second procès-verbal dans un certain délai. Nous en avons donné d'avance la raison. Cette seconde inscription n'est utile qu'au débiteur, en tant que nous restons dans l'hypothèse régie par l'article 2106, celle où l'immeuble est encore la propriété du débiteur, où il ne s'agit que de l'exercice du droit de préférence. Si la deuxième inscription ne rend pas public le maximum de la créance privilégiée, ce ne sont pas les tiers qui sont lésés, c'est le débiteur; il souffre dans son crédit, puisque l'immeuble est frappé d'un droit indéterminé dans son chiffre; le débiteur aura donc le droit de requérir cette inscription.

71 *bis*. III. Par cette décision, nous échappons à la nécessité d'ajouter à la disposition de la loi. Il a paru à certains auteurs

que le législateur avait dû, puisqu'il exigeait l'inscription de ce procès-verbal, ne pas laisser au créancier la faculté de la requérir quand bon lui semblerait. Ceci posé, comme le texte ne fixe pas de délai pour cette inscription, il a fallu sous-entendre que l'inscription serait prise dans le délai de six mois, fixé pour la rédaction du second procès-verbal. Puis, pour être conséquent, on est entraîné à appliquer ici l'article 2113 et à décider que si le second procès-verbal est inscrit après les six mois, la créance cesse d'être privilégiée pour devenir hypothécaire (1).

C'est là tout un système, et un système rigoureux, édifié sans qu'on ait pour base un texte. Il viole même l'article 2113, car d'après cet article les privilèges ne dégénèrent en hypothèques que quand les conditions ci-dessus prescrites n'ont pas été accomplies; parmi ces conditions trouve-t-on celle d'inscrire le deuxième procès-verbal dans un certain délai? Si l'on ne trouve pas de règle sur ce point, peut-on en inventer une pour attacher à son inobservation une sanction aussi rigoureuse que celle de la perte du rang de privilège? Peut-on établir une pénalité par voie d'extension et d'interprétation?

La loi, il est vrai, établit un délai de six mois relativement à ce second procès-verbal. Mais elle place dans ce délai la rédaction du procès-verbal et non son inscription, et ce sont choses bien différentes. Il est nécessaire que l'état des lieux, après les travaux, soit constaté dans un temps assez bref, car autrement la vérification serait illusoire; donc l'existence même du privilège est subordonnée à cette rédaction, à l'observation de ce délai. Mais nous l'avons montré, la publicité de ce procès-verbal est chose très secondaire, elle n'intéresse que le débiteur, et encore faut-il que la plus-value résultant des travaux, et les hypothèques grevant l'immeuble indépendamment du privilège, laissent libre quelque partie de la valeur de l'immeuble. Alors seulement son crédit est intéressé à la publication du maximum du privilège. N'est-ce pas là une raison suffisante pour que le législateur n'ait pas édicté une sorte de déchéance contre le créancier qui ne se hâte pas de faire faire cette inscription?

71 *bis*. IV. Si l'on conteste le droit que nous avons reconnu au débiteur de requérir à l'inscription du second procès-verbal, parce

(1) V. Aubry et Rau, t. II, p. 810, n° 33. (Édit. 1865.)

que les textes ne prévoient pas, pour ce cas, qu'une inscription soit requise par le débiteur, on reconnaîtra au moins que le créancier devant faire inscrire ce second procès-verbal, le débiteur peut agir contre lui pour le contraindre à remplir cette obligation. S'il résiste ou s'il fait défaut, le débiteur pourra faire ordonner que l'inscription sera prise par le conservateur, car il s'agit bien là d'une de ces obligations de faire qui n'ont rien de personnel et dont l'exécution par un tiers peut être ordonnée par la justice (art. 1144). Nous trouverons là une hypothèse comprise dans l'expression si large de l'article 2156, qui traite des actions auxquelles les inscriptions peuvent donner lieu contre les créanciers.

71 *bis*. V. Nous avons dit que le constructeur qui n'a fait inscrire le premier procès-verbal qu'après le commencement des travaux, n'est colloqué qu'à la date de son inscription, et nous avons vu là une application de l'article 2113. Nous ajouterons, en insistant sur cette observation, que ce rang lui est assigné par rapport à tous les créanciers hypothécaires ayant des droits sur l'immeuble, aussi bien par rapport aux créanciers antérieurs aux travaux que par rapport aux créanciers postérieurs. C'est encore là un point contesté. On reconnaît universellement que le constructeur ne saurait primer les créanciers qui ont acquis des droits sur l'immeuble postérieurement aux travaux. Ceux-ci, dit-on, ont pu compter sur la valeur totale de l'immeuble, en y comprenant la plus-value résultant des travaux, puisqu'ils ignoraient que cette plus-value était grevée de privilège, et puisque cependant cette plus-value augmentait d'une façon apparente leur gage. Mais quand il s'agit de créanciers qui ont des droits antérieurs aux travaux, on leur refuse la priorité sur le créancier privilégié qui a inscrit trop tard son procès-verbal. On s'appuie sur ce que ces créanciers antérieurs aux travaux, puisqu'ils ont eu confiance dans l'immeuble avant son accroissement, n'ont pas dû souffrir de l'ignorance dans laquelle ils se sont trouvés relativement aux travaux et à l'augmentation qui en résulte pour leur gage (1).

71 *bis*. VI. Cette distinction entre les créanciers antérieurs et postérieurs aux travaux est contraire à l'article 2113. Cet article.

(1) C'est l'opinion qu'indique M. Demante, n° 71. Voyez en outre Aubry et Rau, t. II, p. 809 et n° 29. (Édit. 1865.)

d'une manière générale, déclare que l'hypothèque du créancier qui n'a pas rempli les formalités ne date, à l'égard des tiers (tous les tiers), que de l'époque des inscriptions. Le motif sur lequel cette distinction est appuyée est loin de la rendre nécessaire, car les créanciers antérieurs aux travaux peuvent, comme les autres, avoir souffert de l'augmentation apparente du patrimoine du débiteur, ils s'étaient, il est vrai, contentés dans le principe d'un gage sur l'immeuble avant les travaux, mais peut-être que l'accroissement de cet immeuble, la plus-value résultant des travaux ont augmenté et fait persévérer leur confiance; ils auraient pu presser le débiteur, exiger le paiement, quelquefois même demander un supplément d'hypothèque si l'immeuble avait été détruit en partie (art. 2131); ils n'ont pas agi ainsi parce qu'ils ont compté sur la plus-value résultant des travaux; leur ignorance a donc été pour eux une cause de perte. C'est parce que le Code s'est rendu un compte exact de la situation qu'il ne les a pas traités autrement que les créanciers postérieurs aux travaux.

Cette solution a pour elle l'avantage d'appliquer l'article 2113 au privilège du constructeur comme aux autres et de ne pas créer un conflit bien difficile à régler entre le constructeur, les créanciers antérieurs aux travaux et les créanciers postérieurs. Le constructeur, en effet, qui primerait les créanciers antérieurs aux travaux serait primé par les créanciers postérieurs, tandis que ceux-ci ne primeraient pas ceux-là. On est heureux de se soustraire aux difficultés qui naissent de l'antagonisme entre trois personnes qui peuvent s'opposer mutuellement la maxime : *Si vinco vincentem te, a fortiori vinco te* (1)!

72. Le bénéfice de séparation des patrimoines doit, par sa nature, attribuer aux créanciers de la succession, et par conséquent même aux légataires, le droit, en demandant cette séparation, de se faire préférer, sur les biens héréditaires, aux créanciers particuliers de l'héritier (v. art. 878). Les effets du bénéfice de séparation se confondant, sous ce rapport, avec ceux d'un privilège, le législateur a jugé convenable d'en assujettir l'exercice, quant aux immeubles, à l'accomplissement des formalités qui constituent la publicité des hypothè-

(1) V. Duranton, t. XIX, p. 262.

ques. La conservation de ce droit, qualifié ici privilège, est donc subordonnée à une inscription. Cette inscription, comme celle du copartageant, doit être prise dans un certain délai, qui est fixé à six mois, à partir de l'ouverture de la succession. V. art. 2111.

72 *bis*. I. Nous avons traité aux nos 59 et 59 *bis* I-III du droit des créanciers et des légataires qui invoquent la séparation des patrimoines. Mais nous n'avons alors envisagé ce droit qu'au point de vue de sa nature et de son étendue; nous avons notamment établi qu'il a le caractère d'un véritable privilège : il faut maintenant l'étudier au point de vue des conditions de forme auxquelles son exercice peut être subordonné. C'est l'ordre que la loi a suivi quant aux autres privilèges; elle les a constitués dans les sections II et III et les soumet à des conditions de forme dans la section III. Si elle ne s'occupe de la séparation des patrimoines que dans la section III, c'est qu'elle avait déjà reconnu le droit, constaté son existence dans le titre des Successions.

72 *bis*. II. L'exercice du droit de séparation des patrimoines n'est pas assujetti à une condition de forme particulière, en ce qui concerne l'acte par lequel les créanciers manifestent l'intention de s'en prévaloir. Autrement dit, il n'existe pas de formalité spéciale à laquelle il faille nécessairement se soumettre pour invoquer le droit de séparation des patrimoines. La loi emploie bien dans les deux articles 878 et 2111 le mot demander, pour caractériser l'acte des créanciers, mais il ne résulte pas de cette expression que les créanciers soient forcés d'organiser une procédure dans laquelle ils joueraient le rôle de demandeurs. Le Code de procédure n'a pas réglementé cette sorte de demande, et il est naturel qu'il ait gardé le silence sur ce point. Quelles sont, en effet, les personnes qui veulent se prévaloir de la séparation des patrimoines? des créanciers ou des légataires; ils ont un droit en vertu duquel une action leur appartient : ils peuvent le faire valoir par tous les moyens dont peuvent user des créanciers, par une demande en justice proprement dite, par une saisie suivie de vente et de poursuite d'ordre ou de contribution, par une demande en collocation dans un ordre ou dans une contribution, si ces procédures ont été provoquées par d'autres. Jusque-là ils agissent en vertu du droit commun comme des créanciers quelconques; leur droit à la séparation des

patrimoines est sans influence sur le pouvoir qu'ils ont de faire les actes dont nous parlons. Pourquoi donc et contre qui intenteraient-ils une demande spéciale en séparation des patrimoines? Pourquoi donc iraient-ils chercher les créanciers de l'héritier et les mettre en cause? Savent-ils s'il en existe? Ils poursuivent les biens héréditaires entre les mains de l'héritier, et s'ils ne rencontrent sur ces biens aucun concurrent venant du chef de celui-ci, on ne voit pas pourquoi ils iraient cherchant des adversaires et les provoquant au combat judiciaire. Peut-être les créanciers de l'héritier essayeront-ils de s'associer aux poursuites, demanderont-ils à être colloqués sur le prix des biens; alors apparaît seulement le conflit entre les deux classes de créanciers, les créanciers héréditaires invoquant la séparation pour être colloqués les premiers. Si, au contraire, les créanciers de l'héritier ont saisi les biens, les créanciers héréditaires interviennent dans l'ordre ou dans la contribution et s'appuient sur le droit de séparation pour être préférés aux créanciers de l'héritier. Dans ces deux hypothèses, on peut dire qu'ils demandent la séparation, car ils l'invoquent pour repousser les autres créanciers; ils l'invoquent, il est vrai, pour répondre à la prétention du concours élevée par leurs adversaires; mais invoquer un droit pour combattre une prétention, c'est jouer le rôle de demandeur, *reus in excipiendo fit actor*.

On le voit, nous ne trouvons rien de particulier dans le mode d'exercice du droit des créanciers et légataires qui demandent la séparation des patrimoines. La loi ne leur a pas imposé l'obligation d'intenter une demande préalable et vraiment inutile; ils sont dans la situation de tous les autres créanciers ayant un droit de préférence, ils agissent par les moyens ordinaires; tant qu'ils sont seuls, il n'est pas question de leur droit de préférence; quand ils aperçoivent des concurrents, ils les écartent en invoquant la cause de préférence qui milite en leur faveur. Cette solution les rapproche plus encore des créanciers privilégiés parmi lesquels nous les plaçons, mais elle devrait encore être adoptée quand on ne leur attribuerait qu'un droit de préférence sans droit de suite (1).

72 *bis*. III. Arrivons à la condition de publicité. Le privilège de la séparation des patrimoines, en tant qu'il frappe les immeubles

(1) V. M. Demante, t. III, nº 219 *bis*. I. Aubry et Rau, t. VI, p. 476 et nº 16, qui exigent d'abord une demande, nous paraissent admettre notre doctrine dans les dernières lignes de leurs explications.

de la succession, doit être inscrit. Il faut que les tiers qui traiteraient avec l'héritier, qui lui accorderaient confiance à raison de ce qu'il est propriétaire d'immeubles, puissent savoir que les immeubles sont affectés par préférence à d'autres créanciers, ceux qui étaient créanciers ou légataires du défunt dont les biens ont passé par succession à l'héritier.

L'article 2111, en imposant la nécessité de l'inscription, a accordé aux créanciers et légataires un délai de six mois à compter de l'ouverture de la succession; on n'a pas pu exiger ici que le droit fût inscrit avant sa naissance ou au moment même où il naissait. Il eût été impossible aux créanciers et encore plus aux légataires d'une personne vivante de s'inscrire soit sur l'héritier, soit sur la succession : ils n'auraient certes pas pu prendre inscription sur le futur défunt. Impossible également de publier le droit au moment même de la mort; il fallait donc permettre une inscription postérieure à la naissance du droit et conserver néanmoins au droit son caractère privilégié; le Code a fait alors ce qu'il avait déjà fait pour le privilège des copartageants, il maintient toute sa valeur au privilège inscrit dans le délai. Inscrit le dernier jour des six mois, le créancier héréditaire primerait tous les créanciers de l'héritier qui se seraient inscrits avant lui sur les biens de la succession, comme le copartageant inscrit le soixantième jour prime des créanciers de l'autre copartageant inscrit le premier, le vingtième ou le cinquante-neuvième jour.

Dans notre hypothèse comme dans le cas de partage, il est facile de montrer que le système de la loi est essentiellement pratique et protecteur. Les intérêts de la publicité sont sauvegardés, car les tiers, disposés à traiter avec un héritier, sont avertis par la loi qu'ils ne doivent pas avoir confiance avant qu'il se soit écoulé six mois depuis le décès, que jusque-là peut apparaître l'inscription d'un privilège qui les primerait. Ils doivent donc retarder les opérations qu'ils voudraient faire avec l'héritier. Celui-ci seulement souffre de ce retard dans son crédit; ce n'est pas toutefois que ce crédit soit diminué, mais l'accroissement de crédit que peut lui apporter sa qualité d'héritier est ajourné pendant six mois, à peu près et à un moindre degré, comme si le défunt avait vécu six mois de plus.

72 *bis*. IV. Le privilège de la séparation des patrimoines existe en faveur des créanciers et des légataires contre les créanciers de

l'héritier (art. 878). L'article 2111 insiste sur cette idée pour montrer que l'inscription est sans influence sur les rapports et le rang des créanciers héréditaires et des légataires entre eux. Le privilège ne produit pas ses effets entre eux. Ainsi, qu'ils soient inscrits, les uns le premier mois, les autres dans le cours du sixième, leur situation respective ne change pas. Les créanciers chirographaires du défunt conservent ce caractère et viennent ensemble au marc le franc; les légataires ne sont payés qu'après les créanciers.

Bien plus, si un créancier héréditaire est inscrit dans les six mois et un autre après les six mois, ce fait n'engendrera pas de préférence en faveur du premier, parce que la diligence qu'un créancier a mise à s'inscrire ne peut lui profiter contre un autre créancier qu'autant qu'il a un privilège ou une hypothèque opposable à celui-ci.

De cette décision qui ne saurait être douteuse (1), on a tiré une objection contre le caractère de privilège que nous attribuons au droit de séparation des patrimoines, en disant que celui-là n'est pas un créancier privilégié qui peut être réduit à venir à contribution avec d'autres créanciers. A quoi nous répondons que c'est le sort de tous les créanciers privilégiés, quand ils sont en concours avec d'autres créanciers ayant le même privilège qu'eux: ils sont réduits à une contribution. Les gens de service, les créanciers pour frais de dernière maladie, les fournisseurs de subsistances (art. 2101) sont certainement privilégiés, mais ils ne sont pas préférés aux autres créanciers appartenant à la même catégorie; préférés à la masse, ils viennent les uns avec les autres concurremment (art. 2097, 2101-3°). Telle est la situation des créanciers héréditaires et des légataires, tant entre eux que par rapport aux créanciers de l'héritier.

72 *bis*. V. Il ne faut cependant pas abuser de ce que nous venons de dire sur l'égalité à maintenir, quelle que soit la date des inscriptions, entre les créanciers héréditaires. Il n'y a pas entre eux de préférence hypothécaire, mais on peut concevoir, en vertu des principes généraux du droit, une préférence fondée sur l'indemnité qui serait due aux créanciers diligents par les créanciers négligents. L'incurie des créanciers négligents, c'est-à-dire qui n'ont

(1) V. M. Demante, t. III, n° 222 *bis*. IV.

pas pris l'inscription à temps, ne peut pas nuire aux créanciers diligents.

Voici l'hypothèse qui suggère cette observation : Les immeubles héréditaires représentent 75,000 francs, les dettes héréditaires 100,000. Si tous les créanciers s'étaient inscrits dans les six mois, tout l'actif héréditaire aurait été assuré aux créanciers du défunt qui toucheraient 75 pour 100. Mais supposons qu'un seul créancier du défunt se soit inscrit dans les six mois pour 60,000 francs. Qu'après lui se soient inscrits des créanciers de l'héritier, devenus par cette inscription préférables aux autres créanciers du défunt. Il faudra d'abord attribuer 60,000 à l'inscription prise en temps utile par le créancier héréditaire; les 15,000 francs restant sont attribués aux créanciers inscrits de l'héritier. Mais tout ne sera pas fini, les 60,000 francs attribués à l'inscription du créancier héréditaire ne doivent pas être accaparés par lui, car ce serait le traiter par rapport à ses cocréanciers comme s'il avait une cause de préférence sur eux. Faut-il donc faire venir tous les autres créanciers héréditaires au marc le franc sur la somme de 60,000 francs? Il arriverait alors que, partageant 60,000 entre 100,000 francs de créances, chacun n'aurait que 60 pour 100. Le premier inscrit pourrait se plaindre de cette répartition, car si tous avaient été diligents comme lui, il aurait eu 75 pour 100. Il a le droit de demander à ne pas souffrir de la négligence de ses cocréanciers. Il ne doit pas non plus en profiter puisqu'il n'a pas de privilège sur eux. Il faut donc lui faire la situation qu'il aurait eue si tous s'étaient inscrits, rien de plus, rien de moins, et ne donner aux autres créanciers héréditaires que ce qui reste sur la collocation de 60,000 quand on aura déduit le dividende du créancier inscrit. Les créanciers négligents, réduits à un faible dividende, n'auront pas à se plaindre, car ils n'auraient, de leur propre droit, rien touché, puisqu'ils avaient laissé les créanciers de l'héritier prendre sur eux la priorité par leurs inscriptions (1).

73. Une observation qui paraît applicable à tous les privilèges, c'est qu'étant attachés à la qualité de la créance, ils passent aux cessionnaires, qui naturellement exercent les

(1) V. M. Demante, t. III, n° 222 *bis*. IV.

mêmes droits et sont soumis aux mêmes conditions que leurs cédants. V. art. 2112.

74. Une autre observation, applicable particulièrement aux privilèges assujettis à la formalité de l'inscription dans un certain délai, c'est que le défaut d'accomplissement des conditions requises pour le conserver leur enlève bien leur qualité de privilège, mais ne détruit pas pour cela l'hypothèque légale qu'ils renferment. Cette hypothèque peut donc toujours prendre rang par une inscription, mais seulement à la date de l'inscription. V. art. 2113.

CHAPITRE III.

DES HYPOTHÈQUES.

75. Le mot *hypothèque*, qui ne désignait d'abord que la convention par laquelle on confère à un créancier le droit de gage, sans dépossession du maître de la chose, et qui fut bientôt appliqué à la chose ainsi affectée, s'entend aujourd'hui plus particulièrement du droit même dont la chose est frappée. Ce droit, évidemment réel, et qui chez nous ne s'établit en général que sur les immeubles, ne peut exister qu'accessoirement à une créance. V. art. 2114, al. 1.

Un des caractères naturels, mais non essentiels de l'hypothèque, c'est son indivisibilité. Ce caractère, tout à fait indépendant de la divisibilité ou indivisibilité de la créance, est tel, que le droit entier s'applique sur la totalité et sur chaque portion du bien ou des biens affectés. Ajoutons qu'il s'applique ainsi à la totalité et à chaque portion de la créance. V. article 2114, al. 2.

Du reste, l'affectation dont il s'agit ne consiste toujours, comme le droit de gage général reconnu plus haut à tout créancier (v. art. 2092, 2093), que dans la faculté de faire vendre le bien qui en est frappé, pour se faire payer sur le

9.

prix. Seulement nous savons déjà que l'hypothèque donne le droit de préférence (v. art. 2093, 2094). Un autre effet non moins important, c'est qu'elle confère le droit de suite. V. art. 2114, al. dernier.

75 *bis*. I. Nous avons été forcés de donner la notion de l'hypothèque, en expliquant les premiers articles du titre, lorsqu'il a fallu expliquer ce que c'est qu'un privilège (n° 6 *bis*. II et III). Nous retrouvons dans l'article 2114 la définition du Code civil, d'où nous avons tiré que l'hypothèque est un droit de *préférence* et de *suite* sur des immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation.

En évitant les termes techniques, nous pouvons dire que c'est le droit de faire saisir et vendre un immeuble, même après qu'il a été aliéné, pour se faire payer par préférence sur le prix.

La partie importante de cette définition commence aux mots : même après qu'il a été aliéné; car le droit de faire saisir et vendre le bien d'un débiteur appartient à tout créancier, mais les créanciers hypothécaires ont seuls le droit de faire saisir et vendre un bien qui n'appartient pas ou qui n'appartient plus à leur débiteur, et seuls ils ont le droit d'être préférés sur le prix aux autres créanciers.

75 *bis*. II. L'article 2114 donne à l'hypothèque la qualification de *droit réel*. Il manifeste par là que ce droit existe *erga omnes*, que tous et chacun doivent le respecter, qu'il n'agit pas seulement contre une personne déterminée, mais que toute personne peut en subir les conséquences, en tant qu'il s'agirait non pas de faire quelque chose, mais de souffrir, de laisser faire, de ne pas faire obstacle au droit du créancier hypothécaire.

Le droit d'hypothèque en raison de sa réalité est donc opposable aux tiers créanciers du même débiteur, et aux tiers détenteurs de l'immeuble; dans le premier cas il fonctionne comme droit de préférence, dans le second comme droit de suite.

75 *bis*. III. C'est un droit réel sur un immeuble, et cependant il n'est pas énuméré par l'article 526 parmi les immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent. C'est qu'en effet, en considérant les choses du côté pratique, il n'y a pas à rechercher la nature propre du droit d'hypothèque. C'est un droit accessoire, il doit avoir la nature du droit principal. La créance sera le plus ordinairement mobilière, parce que les créances ont le plus habituel-

lement pour objet des meubles; il faut bien alors que le droit accessoire qui garantit cette créance soit un meuble, qu'il passe par exemple aux légataires à titre universel des meubles et qu'il tombe en communauté légale avec la créance, car il serait absurde dans ces deux cas que la créance et l'hypothèque qui la garantit ne se trouvassent pas dans le même patrimoine. Si la créance est immobilière, et il existe de ces créances, l'hypothèque alors sera immobilière.

En présence de cette nature indécise de l'hypothèque, on s'explique qu'il ne soit pas question de ce droit dans la classification des biens, pas plus qu'il n'y est question du droit de contrainte par corps, qui est aussi l'accessoire et la garantie de certaines créances, pas plus qu'il n'y est question du droit de gage sur les meubles ou du droit d'antichrèse, car le gage d'un meuble peut être affecté à une créance immobilière, et l'antichrèse peut, comme l'hypothèque, protéger une créance mobilière (1).

75 *bis*. IV. Après avoir défini l'hypothèque, l'article 2114 indique un de ses principaux caractères, l'*indivisibilité*, et donne un commentaire abrégé de ces mots : indivisibilité de l'hypothèque; nous le développerons en énumérant les conséquences de ce caractère du droit d'hypothèque.

1° Quand plusieurs immeubles ont été hypothéqués pour une même dette, la garantie hypothécaire ne se fractionne pas et ne frappe pas séparément chaque immeuble pour une part.

Exemple. Quatre immeubles hypothéqués par un débiteur pour une somme de 100,000 francs ne sont pas hypothéqués seulement pour 25,000 chacun; chaque immeuble est affecté soit quant au droit de préférence, soit quant au droit de suite, à la somme totale de 100,000 francs.

Non seulement chaque immeuble est affecté pour le tout, mais la loi ajoute chaque portion de ces immeubles.

Si l'un des quatre immeubles vient à être partagé entre plusieurs propriétaires, chacune des fractions de cet immeuble divisé sera grevé hypothécairement de la totalité de la dette.

Il en est de même si une partie de l'immeuble hypothéqué périt; par exemple, une moitié du terrain disparaît par un éboulement, l'autre partie reste affectée à la dette entière.

(1) V. Valette, *De la propriété et de la distinction des biens*, dernier ouvrage du savant maître que regrette la Faculté de Paris, publié après sa mort, par MM. Hérold et Lyon-Caen, p. 39.

2° L'hypothèque grève chaque immeuble pour le tout alors même que la dette s'est divisée.

Exemple. Le débiteur est mort laissant plusieurs héritiers, chaque héritier peut être tenu hypothécairement pour le tout sur les immeubles hypothéqués, bien qu'il ne soit tenu personnellement que pour sa part (art. 873).

3° Tous les immeubles étant affectés à toute la dette, tous les immeubles restent grevés tant qu'il reste dû une fraction de la dette. Le débiteur ne pourrait pas prétendre qu'un quart de la dette ayant été payé, un quart des immeubles hypothéqués, un sur quatre, serait dégrevé.

75 *bis*. V. L'indivisibilité est de la nature de l'hypothèque, mais non pas de son essence; l'article 2114 ne laisse pas de doute sur ce point; par conséquent les divers résultats que nous venons d'indiquer ne se produiraient pas s'il était intervenu une convention contraire entre les parties constituant une hypothèque conventionnelle.

75 *bis*. VI. Si l'hypothèque est indivisible, c'est en ce sens qu'elle ne peut pas elle-même être fractionnée, mais elle ne forme pas avec la créance un tout indivisible, elle peut être détachée de la créance qu'elle garantit. Elle peut cesser d'exister, cela n'est pas douteux, bien que la créance subsiste (art. 2180-2°); elle peut aussi être transmise par une cession à une personne qui ne serait pas cessionnaire de la créance, et qui profiterait de l'opération en attachant l'hypothèque à sa propre créance. Cette séparation de l'hypothèque et de la créance qu'elle garantissait primitivement, est possible en vertu du principe de la liberté des conventions; sa légalité a été contestée toutefois par une raison théorique et abstraite. On a dit que la relation qui unit les hypothèques et les privilèges aux créances est tellement intime qu'il est juridiquement impossible de les en détacher pour les adjoindre à une autre créance, ou en d'autres termes d'en faire l'objet d'une véritable cession séparée et indépendante de la transmission de ces créances mêmes (1).

Cette raison ne peut pas nous convaincre, car elle affirme précisément ce qui est à démontrer. Le Code n'a écrit nulle part qu'il existât une liaison si intime entre l'hypothèque et la créance, et

(1) V. Aubry et Rau, t. II, p. 887. (Édit. 1865.)

cette liaison n'apparaît pas comme résultant fatalement de la nature des choses. Car on comprend, et la pratique l'a bien fait voir, l'utilité qu'un créancier peut retirer de l'hypothèque d'un autre créancier, qui lui sert à donner à sa créance une cause de préférence, sans qu'il soit besoin de lui attribuer la créance garantie primitivement par l'hypothèque; il n'a pas, en effet, la prétention d'être deux fois créancier, puisqu'il n'arriverait pas en tout cas à cumuler le montant des deux créances.

75 *bis*. VII. Non seulement le Code n'établit pas ce lien intime entre l'hypothèque et la créance qui ferait obstacle à la cession de l'hypothèque, mais il reconnaît dans la définition de l'article 2114 que l'hypothèque est un droit, apparemment un droit distinct et indépendant, et non pas un attribut et comme une qualité de la créance; il dit plus : l'hypothèque est un droit réel; ce n'est donc pas un élément inséparable de la créance, puisque cette créance est un droit personnel : l'hypothèque, comme droit distinct ayant son individualité, peut donc être cédée distinctement et individuellement.

75 *bis*. VIII. A moins toutefois qu'il n'existe un texte prohibant cette cession; ce texte, on l'a trouvé dans l'article 775 du Code de procédure. Il a eu pour but, dit-on, de prohiber les sous-ordres, dans lesquels, d'après la jurisprudence du parlement de Paris, le montant de la collocation hypothécaire d'un créancier était distribué entre les créanciers opposants de celui-ci, non pas au marc le franc, mais d'après la date de leurs oppositions, soit par rang d'hypothèque, parce qu'en faisant opposition ils avaient saisi le droit d'hypothèque de leur débiteur. Ce texte, cependant, en abolissant les sous-ordres, n'a pas condamné la cession directe et spéciale de l'hypothèque; ce qu'il s'agissait d'interdire comme étant particulièrement nuisible au crédit, c'était l'intervention de créanciers ayant des hypothèques générales et qui, à raison de ces hypothèques, venaient en grand nombre compliquer les opérations d'un ordre; le danger est loin d'être le même quand il ne s'agit pas de créanciers à hypothèques générales, mais de créanciers à qui une convention spéciale a transféré le droit d'hypothèque; l'article 775 ne fait pas plus obstacle à leur collocation qu'à celle de plusieurs cessionnaires partiels de la créance colloquée hypothécairement.

75 *bis*. IX. La convention de cession de l'hypothèque n'est donc

pas interdite par la loi ; le principe de la liberté des conventions n'a pas sur ce point reçu d'atteinte, le Code civil suffit à en affirmer la validité; mais depuis la rédaction du Code, un document législatif très important, la loi du 23 mars 1855, a consacré formellement cette doctrine. Cette loi, dans son article 9, a traité de l'hypothèse où se présentent le plus ordinairement ces sortes de cessions; elle a traité de la cession d'hypothèque légale consentie par la femme mariée, elle l'a assujettie à certaines règles de forme et de publicité, mais elle a par là même reconnu d'une façon générale la validité de l'opération.

75 *bis*. X. Cette cession d'hypothèque peut se présenter sous différentes formes dont nous parlerons à propos de l'hypothèque des femmes; mais nous devons dès ce moment reconnaître qu'à moins de convention clairement exprimée, cette cession ou subrogation, elle porte les deux noms, est un transport du droit d'hypothèque lui-même et pas autre chose. Dès qu'on a reconnu que cette cession du droit d'hypothèque seul est possible, il est évident qu'elle est présumable. Dans le doute sur la nature d'une convention, quand sa validité est hors de cause, on doit présumer le simple plutôt que le compliqué, on doit interpréter les mots dans leur sens naturel et ne pas supposer de sous-entendu. Voilà pourquoi quand les parties auront dit qu'elles cédaient l'hypothèque, qu'elles subrogeaient dans l'hypothèque, nous verrons une cession de l'hypothèque et non pas de la créance, nous comprendrons une cession proprement dite et non pas un engagement, un nantissement.

75 *bis*. XI. Nous avons invoqué la loi de 1855 pour démontrer la validité de la cession d'hypothèque, mais nous appuyons surtout notre solution sur le principe de la liberté des conventions, et par conséquent nous n'appliquons pas aux hypothèques autres que l'hypothèque légale de la femme mariée les conditions de forme et de publicité imposées par l'article 9 de la loi de 1855. Les cessions d'hypothèques ne seront pas soumises à la nécessité de l'authenticité, elles ne seront pas inscrites, et le rang entre les différents cessionnaires dépendra de la date certaine des différents actes de cession.

75 *bis*. XII. Si nous reconnaissons la validité d'une cession de l'hypothèque détachée de la créance, nous ne l'admettons toutefois qu'à la condition de ne pas aggraver la charge qui pèse sur

l'immeuble hypothéqué, c'est-à-dire de ne pas substituer une nouvelle hypothèque à l'ancienne. Une nouvelle hypothèque ne pourrait naître que du consentement du propriétaire de l'immeuble; c'est l'hypothèque existante qui est cédée, elle ne doit être transmise au cessionnaire que dans les conditions de son existence première, *cum sua causa;* elle restera, par conséquent, quant à son existence, dépendante de la créance qu'elle ne garantit plus, elle s'éteindra si cette créance s'éteint, parce que le cédant n'a pu céder que ce qu'il avait, c'est-à-dire une hypothèque dépendant de la créance qu'il a conservée. Le paiement, la compensation qui éteindront cette créance, mettront fin à l'hypothèque, comme la mort d'un usufruitier qui a cédé son droit met fin à la jouissance du cessionnaire de l'usufruit.

75 *bis*. XIII. Ces dangers qui menacent l'hypothèque cédée expliquent la rareté des cessions d'hypothèques, le cessionnaire ne devant pas trouver dans cette cession la sécurité qu'il cherche pour sa créance. En fait, le créancier prudent se fera céder ou donner en gage non pas l'hypothèque considérée isolément, mais la créance elle-même, parce qu'avec un droit sur la créance il aura acquis un droit sur l'hypothèque, et qu'en vertu des principes sur la cession ou sur l'engagement des créances, quand il aura rempli les formalités exigées par les articles 1690 et 2075, il ne craindra plus que son droit soit anéanti par des causes d'extinction de la créance survenues du chef de l'ancien créancier cédant.

75 *bis*. XIV. Ceci est une observation de pure pratique qui ne porte pas atteinte à la théorie que nous avons admise; nous avons interprété naturellement la convention des parties, quand elles ont déclaré faire une cession d'hypothèque; nous avons montré qu'elles avaient fait un acte valable, moins utile, il est vrai, pour le cessionnaire que la cession de la créance, mais qui pouvait présenter encore quelque avantage; quand elles voudront mieux assurer la situation, elles feront une cession de créance; mais il nous paraît excessif de conclure, de ce que la cession de créance présente plus d'avantage, que les parties ont toujours voulu la faire, et qu'elle est toujours à l'état latent au fond d'une cession d'hypothèque.

75 *bis*. XV. Ces cessions ou subrogations, si rares de la part de créanciers hypothécaires ordinaires, sont fréquentes, au contraire, quand il s'agit d'hypothèques de femmes mariées, parce qu'alors la créance de la femme est indéterminée dans son chiffre, et incer-

taine dans son échéance, puisqu'elle apparaîtra seulement dans la liquidation à faire à la dissolution du mariage ou de la communauté; dès lors, ce n'est pas la créance elle-même qui peut être facilement cédée, force est bien d'arriver à la cession de l'hypothèque.

75 *bis*. XVI. Puisque l'hypothèque peut être cédée par convention, elle peut être certainement l'objet de conventions qui n'auraient pas un effet aussi complet que la cession proprement dite. Qui peut le plus peut le moins. Ainsi un créancier peut céder à un autre créancier, ayant hypothèque sur le même immeuble, le rang qui le fait préférable à celui-ci : c'est la *cession de priorité*, un échange de rang entre deux créanciers ayant hypothèque sur le même immeuble. Un créancier peut encore renoncer en faveur d'un autre créancier hypothécaire ou même chirographaire à se prévaloir de son droit de préférence : c'est la *promesse d'abstention*, distincte de la cession de priorité en ce que le stipulant serait primé par les créanciers intermédiaires, ce qui permettrait au promettant de produire à son rang, si par l'importance des créances intermédiaires le stipulant ne devait pas profiter de l'abstention. *Exemple*. *Primus*, créancier de 10,000 francs. *Secundus*, de 20,000; *Tertius*, de 10,000. *Primus* promet à *Tertius* de ne pas invoquer sa cause de préférence, la convention aura un effet utile si l'immeuble est vendu 30,000 francs, car *Secundus* touchera 20,000 francs, et il restera 10,000 pour *Tertius*, qui ne les aurait pas touchés si *Primus* avait exercé ses droits. Mais si l'immeuble est vendu 20,000 francs, la promesse d'abstention faite par *Primus* ne profitera pas à *Tertius*, car *Secundus* absorbe les 20,000 francs si *Primus* ne produit pas. Donc *Tertius* n'a pas d'intérêt à l'exécution de la promesse d'abstention, et comme cette promesse n'a pas été faite à *Secundus*, qu'il ne peut pas dès lors en profiter, *Primus* peut exercer ses droits et produire avant *Secundus*.

76. Le droit d'hypothèque, création du pur droit civil, et dont la constitution (c'est-à-dire ici la manière d'être) exerce une grande influence sur l'intérêt social, est considéré par le législateur comme dérivant toujours de son autorité. Ainsi le principe fondamental en cette matière, c'est que l'hypothèque n'a lieu que dans les cas et suivant les formes autorisés par la loi. V. art. 2115.

77. Quoi qu'il en soit, l'action de la loi dans l'établissement de l'hypothèque est plus ou moins directe; d'où la division de l'hypothèque en trois classes. V. art. 2116.

Et d'abord la loi l'attribue elle-même à certains droits et créances ; l'hypothèque alors est dite *légale,* car c'est de la loi seule qu'elle résulte.

En outre, la loi la fait résulter des jugements et actes judiciaires (1), et l'appelle alors *judiciaire.*

Enfin, elle permet même de l'établir par conventions, pourvu que ces conventions soient revêtues des formes requises ; auquel cas cette hypothèque, dite *conventionnelle,* ne résulte pas seulement des conventions, mais aussi de la forme extérieure *des actes et des contrats.* V. art. 2117.

78. En vertu du principe ci-dessus, c'est à la loi qu'il appartient de déterminer les biens susceptibles d'hypothèque. Elle les énumère en conséquence limitativement : ce sont, 1° les biens immobiliers (c'est-à-dire ici les immeubles par leur nature), pourvu, bien entendu, qu'ils soient dans le commerce, et leurs accessoires réputés immeubles ; 2° l'usufruit des mêmes biens et accessoires, pendant sa durée. V. art. 2118.

Ainsi, comme on voit, la faculté d'hypothéquer ne s'applique pas à un bien par cela seul qu'il est rangé dans la classe des immeubles : les immeubles par destination, désignés ici sous le nom d'accessoires réputés immeubles, ne paraissent pas susceptibles d'être hypothéqués individuellement; ils peuvent seulement être compris et doivent même l'être de plein droit, dans l'hypothèque du bien auquel ils accèdent. Quant aux immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent, l'usufruit des choses immobilières est le seul parmi eux qui soit susceptible d'hypothèque.

78 *bis*. I. L'énumération limitative des biens susceptibles d'hypothèque (art. 2118) comprend 1° les immeubles par nature, et non

(1) Selon moi, l'acte judiciaire a cela de commun avec le jugement proprement dit, qu'il émane également des juges; mais il en diffère en ce sens, que le juge-

pas tous les biens qui sont qualifiés immeubles par le 1er chapitre du titre 1er du livre II du Code. La preuve que ce sens restrictif doit être donné aux expressions de la loi, c'est qu'elle parle ensuite des accessoires et de l'usufruit des immeubles qui seraient compris dans la dénomination générale d'immeubles, si on lui attribuait son sens large. La loi de brumaire an VII avait dans la même pensée qualifié immeubles *territoriaux* ceux qu'elle plaçait en tête de sa liste.

Ces immeubles par nature sont susceptibles d'hypothèque, soit qu'on les considère au point de vue de la pleine propriété, soit qu'on les considère au point de vue de la nue propriété. Le Code n'a pas, dans ses classifications, distingué la nue propriété de la propriété, il ne range pas le premier de ces droits dans les choses incorporelles comme l'usufruit, il confond la pleine et la nue propriété avec la chose elle-même et considère le nu propriétaire aussi bien que le plein propriétaire comme ayant la chose (*rem corporalem*), c'est-à-dire un immeuble par nature.

2° Les accessoires de l'immeuble réputés immeubles, ce sont avant tout les immeubles par destination, ce sont aussi les servitudes actives attachées au fonds qui en sont comme les qualités, *prædia qualiter se habentia* (L. 86. D. *de verborum significatione*).

3° L'usufruit des immeubles, c'est-à-dire un des biens que la loi qualifie immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent.

78 *bis*. II. Le droit d'usufruit est hypothéqué, *cum sua causa*, c'est-à-dire dans les conditions juridiques de son existence. L'hypothèque n'aura pas une durée plus longue, une existence plus solide que le droit sur lequel elle est assise. Elle s'éteindra comme l'usufruit par la mort de l'usufruitier et par les autres événements qui mettent fin à ce droit.

Il faut cependant faire une réserve; parmi les modes d'extinction de l'usufruit, quelques-uns dépendent de la volonté de l'usufruitier, comme la consolidation, la renonciation à l'usufruit; il n'est pas admissible que l'usufruitier puisse par sa volonté anéantir le droit d'hypothèque qu'il a constitué, c'est chose aussi impossible que l'anéantissement d'une hypothèque par l'aliénation du bien. L'usufruit devrait être considéré, après ces actes, comme existant encore au point de vue du créancier hypothécaire et

ment statue sur une contestation, tandis que l'acte judiciaire ne fait que constater un fait qui s'est passé devant les juges. (Note de M. Demante.)

comme pouvant être l'objet d'un droit de suite, exercé contre le plein propriétaire, bien que dans la théorie pure du droit, cet usufruit n'ait plus d'existence distincte puisqu'il a fait retour à la propriété.

78 *bis*. III. Il résulte de cette analyse de l'article 2118 qu'il y a un certain nombre d'immeubles qui ne peuvent être hypothéqués.

1° Les droits d'usage et d'habitation. Ils sont incessibles (art. 631, 634), et le droit d'hypothèque serait dénué d'utilité puisqu'il faut bien qu'il aboutisse à une aliénation, à la saisie et à la vente aux enchères.

2° Les servitudes, quand elles ne sont pas hypothéquées comme accessoires. Leur nature ne permet pas la réalisation en argent du gage qu'on aurait constitué sur ces droits. La vente aux enchères en est impossible, car une servitude sur un fonds déterminé ne peut être utile qu'au propriétaire d'un fonds voisin, et en admettant encore que les deux fonds soient l'un par rapport à l'autre dans une certaine situation. Une servitude de passage ou de puisage ne saurait être utile qu'à un très petit nombre de voisins, quelquefois à un seul; une servitude de vue ne peut profiter qu'à un des fonds voisins, encore bien plus une servitude *tigni immittendi*, ou *stillicidii recipiendi*. Quel résultat pourrait donner la vente aux enchères de ces différents droits?

78 *bis*. IV. A côté de l'usufruit et des servitudes, l'article 526 a placé parmi les immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent, les actions qui tendent à revendiquer les immeubles. L'article 2118 ne les comprend pas dans les biens qui sont seuls susceptibles d'hypothèque. C'est qu'il était inutile d'en parler, ces actions n'existant pas à l'état de biens distincts; elles sont la sanction des droits, l'exercice judiciaire des droits : l'action en revendication, c'est le droit de propriété mis en œuvre, se manifestant devant la justice. Il n'est pas nécessaire de subtiliser et d'examiner si l'action en revendication peut ou ne peut pas être hypothéquée. Celui qui prétend avoir cette action prétend être propriétaire, il n'a pas à hypothéquer l'action; qu'il hypothèque la chose elle-même. La loi n'a jamais exigé qu'un propriétaire fût possesseur de la chose pour l'hypothéquer, et celui qui a l'action en revendication, c'est un propriétaire qui ne possède pas. Le résultat obtenu par l'hypothèque de cette chose litigieuse sera exactement

le même que si l'on avait hypothéqué l'action. Le sort de l'hypothèque dépendra du sort du procès intenté ou à intenter contre le possesseur; si celui qui a constitué l'hypothèque triomphe, il se trouve qu'il a hypothéqué sa chose : la constitution produit ses effets; s'il succombe. il a hypothéqué la chose d'autrui : l'hypothèque est nulle.

78 *bis*. V. En dehors de l'énumération du Code civil, nous devons signaler comme susceptibles d'hypothèques : les actions de la Banque de France, mais dans le cas seulement où elles auront reçu, par la volonté de leur titulaire, la qualité d'immeubles, au moyen d'une déclaration spéciale sur les registres des transferts. (Décret 16 janvier 1808, art. 7.)

Nous ne devons plus citer à côté des actions de la Banque celles des canaux d'Orléans et du Loing, qui pouvaient être aussi immobilisées en vertu d'un décret du 16 mars 1810, article 13, mais qui n'existent plus depuis que la loi du 1er avril 1860 en a ordonné le rachat par l'État.

78 *bis*. VI. Les mines aussi peuvent être hypothéquées (art. 8, 19, 21, loi du 31 avril 1810); mais il est à peu près inutile de le faire remarquer, parce que, d'après la loi de 1810, la mine est un immeuble par nature, distinct de cet autre immeuble voisin sous lequel elle est placée et qu'on appelle la surface.

78 *bis* VII. A côté de l'usufruit, dans l'énumération des biens susceptibles d'hypotheques, la loi de brumaire (art. 6) plaçait la jouissance à titre d'emphytéose des biens immobiliers. Le Code civil a supprimé cette mention dans l'article qu'il consacre aux biens qui peuvent être hypothéqués. La conséquence nécessaire de ce silence de la loi, dans une énumération limitative, c'est que le droit résultant du contrat d'emphytéose ne peut pas être hypothéqué. C'est là le seul point qui puisse nous intéresser quand nous traitons des hypothèques. Certes la nature même du droit de l'emphytéote peut être l'objet de discussions sérieuses. Ce droit est-il réel? est-il personnel? C'est une question importante qui trouve sa place lorsqu'on étudie les divers droits qui peuvent exister sur les biens (1). Mais qu'il soit réel ou personnel, il nous paraît non susceptible d'hypothèque, d'après l'article 2118. S'il est personnel, il n'y a pas à expliquer pourquoi il ne peut pas

(1) V. M. Demante, t. II, n° 378 *bis*, IV, V, 2e édit.

être hypothéqué; s'il est réel, et nous pensons qu'il l'est, en nous appuyant sur le principe de la liberté des conventions, l'interdiction tacite de l'hypothèque nous paraît être la conséquence des craintes politiques et économiques qu'inspirait au législateur le contrat d'emphytéose. On le trouvait en 1804 quelque peu entaché de féodalité; il paraissait inquiétant pour le crédit public et la richesse sociale, puisqu'il paralysait pendant longtemps le droit du vrai propriétaire, et semblait faire obstacle aux aliénations et aux améliorations. Néanmoins on n'a pas trouvé de raisons assez accentuées pour le traiter comme un contrat illicite et prohibé, on l'a abandonné à la libre convention des parties, mais, ce faisant par respect pour les principes, on n'a pas tenu à multiplier ces contrats. On a pensé avec raison qu'ils seraient moins fréquents, d'abord si la loi ne les réglementait pas, ne les proposait pas en quelque sorte aux parties comme la vente, le louage et les autres contrats traités par le Code, ensuite si en ne permettant pas d'hypothéquer la jouissance emphytéotique on privait les emphytéotes de la faculté de faire de leur droit un instrument de crédit.

78 *bis*. VIII. Nous avons déjà dit incidemment que notre législation moderne n'admet pas l'hypothèque de l'hypothèque. L'ancien droit reconnaissait au créancier hypothécaire le droit de donner une hypothèque en sous-ordre sur son hypothèque. Il en résultait qu'après la saisie et la vente de l'immeuble, les créanciers qui avaient reçu hypothèque sur l'hypothèque se faisaient colloquer dans l'ordre à la place du créancier de qui ils tenaient leur sous-hypothèque. S'ils étaient plusieurs, ils venaient entre eux par ordre de date, ce qui donnait lieu à une procédure d'ordre greffée sur la procédure principale; on l'appelait le sous-ordre.

Le Code civil ne permet pas d'hypothéquer une hypothèque, puisqu'il ne comprend pas ce droit dans l'article 2118, et le Code de procédure réprouve l'ancienne procédure des sous-ordres, car il donne seulement au créancier du créancier hypothécaire le droit de prendre inscription pour conserver les droits de celui-ci, et il ajoute que le montant de la collocation du débiteur est distribué comme chose mobilière, ce qui exclut toute application de la règle *prior tempore potior jure*, c'est-à-dire toute idée de préférence entre les créanciers du créancier (art. 775 C. Proc.) (1). La nouvelle

(1) V. Valette, *Traité des privilèges et des hypothèques*, p. 208. MM. Colmet-Daâge et Glasson, *Procédure civile*, t. II, p. 495 (édit. 1885).

législation a évidemment considéré la pratique ancienne comme difficile à concilier avec le système de publicité, comme destinée à créer des complications qui prolongeraient les ordres au détriment du crédit public.

Nous avons admis plus haut la cession de l'hypothèque, mais ce n'est pas l'hypothèque de l'hypothèque. Les deux opérations ne sont pas identiques, car l'hypothèque de l'hypothèque, si elle était admise, pourrait être légale ou judiciaire, tandis que la cession est essentiellement conventionnelle. En outre, l'hypothèque de l'hypothèque serait assujettie à des conditions de publicité auxquelles la législation ne soumet pas d'une manière générale toutes les cessions d'hypothèques (1).

79. Dire des biens ci-dessus, qui appartiennent tous à la classe des immeubles, qu'ils sont *seuls* susceptibles d'hypothèque, c'est dire par là même que les meubles n'en sont pas susceptibles. Toutefois, on vient de le voir, des biens meubles par leur nature peuvent, comme accessoires des biens immobiliers, être compris dans l'hypothèque. Dès lors naissait la question de savoir si l'hypothèque une fois assise sur ces meubles conférerait le droit de suite, comme elle confère certainement le droit de préférence. A cet égard, la loi qui n'accorde pas même, en général, la revendication au propriétaire des meubles (v. art. 2279), devait à plus forte raison refuser le droit de suite au créancier hypothécaire. Elle consacre donc formellement cet ancien principe de notre droit français : *les meubles n'ont pas de suite par hypothèque*. V. art. 2119.

79 *bis*. Si l'article 2119 se contentait de dire que les meubles ne peuvent pas être hypothéqués, il n'aurait pas d'autre défaut que son inutilité; l'article 2118 suffirait à établir cette règle. Il faudrait seulement faire remarquer qu'il ne s'agit pas là d'un principe découlant nécessairement de la nature des choses. La raison ne répugne pas à l'hypothèque des meubles; les Romains l'admettaient. La disposition de l'article a donc un caractère de réglementation arbitraire, qu'il est d'ailleurs facile de justifier. Les

(1) V. Valette, *Traité des privilèges et hypothèques*, p. 211.

meubles peuvent trop facilement disparaître, être détruits, détériorés, pour que l'hypothèque de ces biens puisse sérieusement profiter au crédit, et pour qu'il soit possible d'organiser un système de publicité des hypothèques qui les frapperaient.

La formule de l'article 2119 n'est pas seulement inutile, elle est obscure; car il n'y est parlé que du droit de suite, et il semblerait que l'hypothèque est possible au moins en tant que droit de préférence. Le doute cependant n'est pas possible en présence des articles 2118 et 2114-1°. Cette formule, au reste, appartient à l'ancien droit, elle se trouve dans le texte d'un certain nombre de coutumes (art. 170, *coutume de Paris;* 447, *coutume d'Orléans*), et déjà dans le plus grand nombre de ces coutumes elle était interprétée comme contenant l'interdiction de l'hypothèque des meubles, aussi bien au point de vue du droit de préférence qu'au point de vue du droit de suite. L'article 447 de la coutume d'Orléans développe même cette idée (1), et sur l'article 170 de la coutume de Paris, Ferrière donnait une explication qui dénie très nettement le droit de préférence (2). Il ne faut donc pas attacher une importance pratique à la formule de l'article 2119, les rédacteurs du Code l'ont acceptée avec son sens traditionnel, comme on accepte un mot technique; ils l'ont comprise comme la comprenait la majorité des jurisconsultes coutumiers et les deux grandes coutumes de Paris et d'Orléans; ils ont entendu, ainsi que le disait Pothier dans la note citée plus haut, que les meubles ne sont pas susceptibles d'hypothèque (3).

80. Le principe que les meubles n'ont pas de suite s'applique naturellement aux privilèges, qui, à bien dire, ne sont que des droits d'hypothèque (v. pourtant art. 2102-1°, al. 5). Il reçoit d'importantes modifications dans les lois maritimes, concernant les navires et bâtiments de mer. Le législateur, au surplus, déclare lui-même qu'il n'entend pas déroger à ces lois. V. art. 2120.

80 *bis*. Une loi spéciale du 10 décembre 1874 amendée par une loi du 11 juillet 1885, a autorisé l'hypothèque conventionnelle des

(1) V. Pothier, *Coutumes d'Orléans*, art. 447, n° 4.
(2) V. Ferrière, *Commentaire sur la coutume de Paris*, art. 170 *in fine*.
(3) V. Valette, *Traité des privilèges et hypothèques*, p. 212.

navires, elle crée un système de publicité particulier; elle admet l'existence du droit de préférence et du droit de suite; elle autorise la purge. L'examen de ces lois appartient à l'étude du droit commercial maritime (1).

SECTION I.

Des hypothèques légales.

81. La loi attribue hypothèque, sans jugement ni convention :

1° Aux droits et créances des femmes mariées, sur les biens de leur mari. V. art. 2121, al. 1 et 2, et remarquez que notre article, n'entrant dans aucun détail sur les divers droits et créances qui peuvent compéter à une femme contre son mari, semble les comprendre tous; il est pourtant à observer que plus tard, lorsque la loi détermine le rang de cette hypothèque, elle s'occupe uniquement de la dot et des conventions matrimoniales, des sommes dotales provenant de succession ou donation, de l'indemnité des dettes contractées avec le mari, et du remploi des propres (v. art. 2135-2°).

81 *bis*. I. L'hypothèque légale des femmes mariées sur les biens de leur mari garantit toutes les créances de la femme contre son mari; les expressions de l'article 2121 ne sauraient, en effet, être plus larges et plus compréhensives : *les droits et créances*. Peu importe que l'article 2135, qui assigne un rang à certaines créances de la femme, ne statue pas sur toutes les créances, qu'il n'en fasse pas une énumération complète. Cet article n'est pas celui qui établit l'hypothèque, il traite d'un point relativement secondaire, et son silence sur le rang de certaines créances de la femme ne saurait détruire l'efficacité de la disposition contenue dans l'article 2121. Plus tard il faudra nous occuper du classement de ces créances, mais nous ne devons pas mettre en doute leur caractère de créances hypothécaires. Quelle que soit, en effet, la cause de la

(1) Voir un résumé de cette loi dans le *Précis du cours de Droit commercial*, par M. A. Boistel, p. 895-901. (Édit. 1884.)

créance, l'hypothèque a sa raison d'être, car cette créance est toujours née d'un acte de confiance de la femme envers son mari, et cette confiance est la conséquence de l'influence inévitable que le mariage a donnée au mari sur sa femme. C'est en vue de cette influence et des fâcheux résultats qu'elle peut produire que l'hypothèque légale existe.

81 *bis*. II. La femme mariée qui jouit incontestablement de l'hypothèque légale, c'est la femme française dont le mari est propriétaire d'immeubles en France. Quant à la femme étrangère dont le mari, étranger ou Français, est propriétaire d'immeubles en France, il n'est pas aussi certain qu'elle ait une hypothèque légale sur ces biens.

Cette question touche à la fois à la théorie des droits civils et à la théorie des statuts, c'est-à-dire à la théorie qui distingue dans les lois celles qui sont personnelles et celles qui sont réelles (art. 3).

La loi qui établit l'hypothèque légale est une loi qui grève les biens et qui protège la personne; elle tient donc, comme un bien grand nombre de dispositions légales, à la fois du statut réel et du statut personnel; reste à voir quel est son caractère dominant. Il apparaît assez vite qu'un droit qui dérive du mariage, qui s'inspire de l'idée que nos législateurs se font de la protection due aux femmes mariées à cause de l'influence naturelle du mari sur la femme, est une loi qui se préoccupe particulièrement des personnes. Elle crée, il est vrai, un droit sur les biens, mais elle le crée en vue des personnes, de leurs relations entre elles et de l'organisation de la famille; c'est une loi où domine le caractère personnel.

Quand on envisage la question à un autre point de vue, le droit d'hypothèque de la femme apparaît comme une institution spéciale du droit national. Ce n'est pas un de ces droits que toutes les législations reconnaissent, qui ont un caractère de nécessité, qui sont la conséquence inévitable du groupement des hommes en société, ce n'est pas une institution du droit des gens, c'est un droit civil, *jus proprium civibus*, un de ces droits qui n'appartiennent en principe qu'aux nationaux (art. 11).

Si en outre on considère les conséquences de la doctrine qui accorde à la femme l'hypothèque légale, on voit que l'accorder à la femme étrangère, c'est souvent faire double emploi avec les précautions que la loi étrangère prend en sa faveur, lors, par

exemple, qu'elle exige soit une caution, soit un *trustee* (ou dépositaire par fidéicommis). En outre, on exposerait les Français à des surprises, puisque ni l'hypothèque ni le mariage n'aurait reçu de publicité en France (1).

Nous dirons cependant, par application des règles générales, que l'hypothèque appartiendrait à la femme si les traités entre sa nation et la France l'accordaient à la femme française (art. 11), et secondement si elle avait été admise à établir son domicile en France (art. 13).

81 *bis*. III. L'hypothèque de la femme mariée est générale: elle frappe tous les biens présents et à venir du mari (art. 2122), elle grève, par conséquent, non seulement les biens appartenant au mari lors du mariage, mais ceux qui lui sont advenus pendant le mariage et même ceux qu'il a acquis depuis la dissolution du mariage. On ne voit pas, en effet, que l'article 2122 fasse de distinction; le créancier a une hypothèque sur les biens que son débiteur acquerra par la suite, ce qui veut bien dire tant qu'il est débiteur, sans qu'on subordonne l'affectation des biens à venir à la persistance de la qualité qui était la cause de l'hypothèque légale.

81 *bis*. IV. Il ne faut pas, du reste, aller plus loin et affecter à l'hypothèque légale les biens présents et à venir des héritiers du mari. Bien qu'ils soient devenus les débiteurs de la femme, ce n'est pas d'eux qu'il s'agit dans l'article 2122. Il n'y est question que du débiteur originaire, celui qui a ou a eu la qualité de mari, car, d'après l'article 2121, ce sont les biens du mari qui sont grevés de l'hypothèque.

Quant aux héritiers, ils n'héritent pas de cette qualité de mari ou d'ex-mari, et si la loi les déclare tenus des obligations de leur auteur (art. 873), elle n'a jamais dit qu'ils fussent grevés sur leurs biens personnels des charges réelles, même des hypothèques générales affectant les biens du défunt. S'il en était ainsi, il se produirait une extension effrayante des hypothèques générales qui, au grand détriment du crédit public, après avoir frappé les immeubles d'une personne, s'étendrait à ceux des héritiers de cette personne, puis des héritiers de ces héritiers, se multipliant à chaque transmission de succession. En envisageant ce résultat, on peut sans

(1) V. C. C. 20 mai 1862. Sirey, 1862-1-673. C. C. 20 août 1872. Sirey, 1872-1-190. C. C. 4 mars 1884. Sirey, 1884-1-273.

grande ... se affirmer que les rédacteurs du Code civil, partisans, en principe, de la spécialité des hypothèques, n'ont pas eu la pensée d'exagérer à ce point les effets des hypothèques générales qu'ils admettaient comme par exception.

81 *bis*. V. Si nous supposons au contraire que la femme créancière de son mari est morte, nous reconnaîtrons que ses héritiers ont les mêmes droits qu'elle, parce qu'il ne s'agit pas ici d'étendre une charge exceptionnelle et nuisible au crédit et parce que l'article 724 déclare les héritiers saisis des biens, droits et actions du défunt. Il faut ajouter que les femmes peuvent céder leur hypothèque légale, ce qui implique que ce droit n'a pas un caractère exclusivement personnel et qu'enfin la loi du 22 mars 1855 suppose expressément la transmission de l'hypothèque des femmes ou des mineurs à des héritiers ou ayant cause.

81 *bis*. VI. Parmi les biens affectés à l'hypothèque de la femme, comme biens du mari, on a agité la question de savoir s'il fallait comprendre les biens de la communauté.

Il ne se présente pas de difficulté bien sérieuse par rapport aux biens de communauté qui n'ont pas été aliénés par le mari, c'est-à-dire qui font partie de la communauté lors de sa dissolution.

La femme aura hypothèque sur tous les biens de la communauté, si elle renonce à cette communauté, parce que cette renonciation fait considérer ces biens comme ayant toujours été biens du mari; la renonciation met fin à l'indivision qui existait pendant la communauté entre les deux époux, et cet acte doit, par conséquent, avoir l'effet déclaratif du partage (art. 883). Il y a là une conséquence de la doctrine que nous avons exposée sur la question de savoir si la communauté a une personnalité distincte de celle des époux (1), et alors même qu'on n'admet pas cette doctrine, la solution doit être la même parce que les biens étant acquis après le mariage par le mari sont pour cela seul affectés à l'hypothèque.

81 *bis*. VII. Quand la femme accepte la communauté, elle a hypothèque sur les immeubles tombés dans le lot du mari ou des héritiers de celui-ci en vertu de la règle que nous venons d'appliquer (art. 883). Ces biens sont réputés avoir appartenu au mari depuis l'époque où ils sont entrés dans la communauté, c'est-à-dire dans l'indivision. Si l'on ne considère pas les biens comme ayant été

(1) V. t. VI, n° 18 *bis*. VI.

indivis entre les époux, la femme a hypothèque sur le lot du mari, quand le partage se fait avec lui; elle n'a pas d'hypothèque sur le lot des héritiers quand le mari est prédécédé.

Pour les immeubles tombés au lot de la femme, ils ne sont pas grevés de l'hypothèque, puisqu'ils sont censés n'avoir jamais appartenu au mari. Cette observation a son importance, car il serait intéressant pour la femme d'avoir hypothèque sur l'immeuble qui lui advient par l'effet du partage, si cet immeuble avait été hypothéqué par le mari, et si elle pouvait faire valoir une hypothèque légale à laquelle l'article 2135 attribuerait un rang préférable à celui de l'hypothèque née du chef du mari au profit d'un tiers.

81 *bis*. VIII. La difficulté est plus grande quand le mari a aliéné un immeuble de la communauté, que par conséquent cet immeuble ne se retrouve pas dans la masse partageable, et qu'il s'agit de savoir s'il est grevé de l'hypothèque de la femme.

Un système très simple repousse d'une manière absolue l'hypothèque légale de la femme sur les immeubles de la communauté aliénés par le mari. Il s'appuie sur ce que le mari tient de la loi et de la volonté de la femme le pouvoir de disposer sans contrôle des biens communs, pourvu que ce soit à titre onéreux ou pour doter les enfants communs, et il ajoute que ce pouvoir est incompatible avec l'existence de l'hypothèque légale de la femme. Il montre que l'intérêt de la femme se confond avec celui de la communauté, et qu'il faut, pour la prospérité de la communauté et l'avantage de la femme, que le mari ne soit pas gêné dans les actes de disposition qu'il peut vouloir faire relativement aux biens communs. La conclusion de ce système est que la femme n'a pas d'hypothèque sur les immeubles communs que le mari a aliénés. A cette décision l'on ajoute comme conséquence logique que les hypothèques nées du chef du mari sur les immeubles communs ne doivent pas être primées par l'hypothèque légale de la femme (1).

Nous ne pensons pas que la question puisse recevoir cette solution radicale. Les principes de la loi sur la communauté entre époux commandent une distinction. La femme accepte-t-elle ou répudie-t-elle la communauté? Il y a là deux hypothèses très différentes qui demandent des solutions diverses.

Quand la femme accepte la communauté, elle consent à être, et

(1) V. Valette, *Traité des privilèges et hypothèques*, p. 259 et s.

par conséquent à avoir été copropriétaire des biens communs. Nous l'avons dit, en effet, la communauté n'a pas une personnalité distincte de celle des époux, les biens communs sont des biens indivis entre les deux époux. L'immeuble aliéné par le mari était un immeuble indivis entre eux; or il n'est pas soumis au partage, et l'article 883 ne lui est pas applicable. Pour une des moitiés de ces immeubles l'aliénation n'a pu être consentie par le mari que comme mandataire de sa femme, et sur cette moitié, celle-ci ne peut avoir hypothèque, car elle n'a pas pu acquérir hypothèque sur sa propre chose. Pour lui refuser l'hypothèque légale quant à cette moitié, il n'est donc pas nécessaire de rechercher quelles sont les conséquences du mandat donné au mari par la femme relativement aux biens communs; mais l'autre moitié du bien aliéné étant bien du mari, il l'a aliéné *proprio jure,* et elle doit être frappée de l'hypothèque de la femme, car on ne peut pas argumenter contre celle-ci de ce qu'elle a joué un rôle dans l'opération, puisque ce bien n'a jamais été en réalité qu'un propre du mari.

81 *bis.* IX. Si la femme renonce à la communauté, nous devons raisonner par rapport à l'immeuble tout entier comme nous venons de raisonner au cas d'acceptation par rapport à la moitié de l'immeuble qui n'a jamais appartenu à la femme. L'immeuble aliéné par le mari n'est pas censé avoir été dans l'indivision; il n'a jamais appartenu qu'au mari; donc il est grevé, et en totalité, de l'hypothèque de la femme. Si, en effet, la communauté n'est pas une personne ayant la propriété des biens communs, ces biens appartiennent aux deux époux, mais leur propriété est affectée de certaines conditions. Le droit de la femme est subordonné à une sorte de condition résolutoire, la renonciation (1). L'acceptation fait défaillir la condition résolutoire, et la femme a été propriétaire de la moitié indivise. Quand le bien est resté propriété des époux jusqu'à la dissolution de la communauté, le mari et la femme acceptante font un partage, et le droit de chacun d'eux est soumis à la condition résolutoire qui résulte de l'article 883. Quand, au contraire, le bien a été aliéné et n'est pas compris dans le partage, l'article 883 est désintéressé, et la propriété de la femme, au lieu d'être soumise à deux conditions résolutoires, celle de la renonciation et celle de l'événement de partage, ne dépend

(1) V. Valette, *Traité des privilèges et hypothèques*, p. 252 et 257.

plus que de la renonciation : cet événement se réalisant, la femme n'a pas été copropriétaire du bien.

Si l'on admet cette théorie, on n'a pas besoin d'examiner, quand il s'agit de l'hypothèque de la femme, si le mandat qui résulte de l'article 1421 implique une coopération de la femme dans tous les actes de son mari, coopération qui aurait pour conséquence une renonciation à l'hypothèque légale. Le mari, ayant agi sur un bien qui n'appartenait pas à sa femme, n'avait pas besoin d'un mandat; il a aliéné son immeuble, mais cet immeuble n'est aliéné que sous la réserve de l'hypothèque légale de la femme. Ici, certes, on ne peut pas invoquer l'incompatibilité prétendue du droit d'aliéner avec l'existence de l'hypothèque légale; c'est la condition de tous les propriétaires dont les biens sont hypothéqués, de ne pouvoir aliéner qu'en respectant les hypothèques (1).

81 *bis*. X. La solution à laquelle nous arrivons nous paraît se justifier par des considérations sur l'origine des biens à propos desquels naît la difficulté. Comment refuser à la femme des garanties sur ces biens? elle aurait ces garanties sur des propres de son mari, sur des biens acquis par succession, c'est-à-dire indépendamment d'elle, de ses biens, de son économie, et elle n'aurait pas l'hypothèque sur un bien qu'elle a contribué à acquérir, sur un *conquêt!* Il y a là un *à fortiori* qui conduit à donner à la femme l'hypothèque légale toutes les fois qu'on ne se heurte pas à un principe.

Qu'on ne dise pas que la femme elle-même souffrira, parce que le crédit du mari sera atteint; la femme, quand il sera utile, renoncera à son hypothèque, mais elle le fera en connaissance de cause. Il est vrai que les tiers ne pourront pas acquérir d'hypothèque légale ou judiciaire au détriment de la femme, mais on ne saurait soutenir que la femme soit intéressée à la naissance de ces droits comme à la naissance d'hypothèques conventionnelles.

81 *bis*. XI. L'hypothèque légale de la femme mariée est *cessible* comme les autres hypothèques (v. n° 76 *bis* VI), c'est-à-dire qu'elle peut être non-seulement transmise accessoirement avec la créance de la femme contre son mari, mais détachée de cette créance et transmise principalement et distinctement. C'est même à propos de cette hypothèque qu'est surtout apparue l'utilité de ce genre

(1) V. C. Paris, 6 juin 1882. *Pandectes françaises chron.*, t. VI, 2-92. Sirey, 1885, 2-116.

de cession, à raison du caractère propre de cette hypothèque qui garantit une créance dont on ne connaît ni le chiffre ni l'époque d'exigibilité.

Les cessions d'hypothèques légales de femmes mariées se présentent sous les physionomies diverses que nous avons déjà décrites au numéro précité, et il est nécessaire que nous les examinions sous ces divers points de vue, pour bien comprendre leur utilité et leurs effets divers.

81 *bis*. XII. 1° *Cession ou subrogation faite par la femme au profit d'un créancier personnel.* La femme trouve dans son hypothèque légale un moyen de crédit, puisqu'elle affecte son droit hypothécaire à la garantie d'un de ses créanciers par préférence aux autres. En résultat, si le créancier subrogé est désintéressé par la femme directement, la subrogation ne produit pas d'effet, et la femme conserve entiers ses droits d'hypothèque, puisqu'elle les avait réservés en tant qu'ils n'étaient pas affectés au créancier subrogé. Si, au contraire, le subrogé a besoin d'exercer son droit sur l'hypothèque de la femme, le montant de sa collocation s'imputera sur la collocation de la femme et la diminuera d'autant.

81 *bis*. XIII. 2° *Cession ou subrogation au profit d'un créancier du mari.* C'est un acte qui tend à donner du crédit au mari : ici la cession peut être une cession de priorité ou une véritable cession d'hypothèque. Quand le cessionnaire est déjà créancier du mari, on supposera facilement que la cession a pour objet la priorité, c'est-à-dire que la femme a fait un échange de rang avec le créancier, qu'il y a une cession réciproqne d'hypothèques; quand le créancier du mari n'était qu'un créancier chirographaire, la cession sera la pure cession ou subrogation.

Dans ces deux hypothèses, lorsque le créancier subrogé aura été payé en exerçant le droit cédé par la femme, celle-ci subira certainement une diminution sur le chiffre de ses reprises garanties par l'hypothèque légale qu'elle a cédée; mais elle restera créancière de son mari, puisqu'elle aura, sur une valeur qui devait lui revenir, désintéressé un créancier personnel du mari. Cette créance ne laissera pas d'être hypothécaire, seulement elle n'aura pas le rang qui appartenait à l'hypothèque cédée; elle aura un rang nouveau et inférieur, comme hypothèque pour l'indemnité de dettes contractées avec son mari ou pour le remploi de propres aliénés (art. 2135-2°).

81 *bis*. XIV. 3° *Renonciation à l'hypothèque légale en faveur de l'acquéreur d'un immeuble du mari ou de la communauté.* Cette opération a pour but et pour effet de faciliter l'aliénation des immeubles du mari ou de la communauté, aliénation que gêne certainement l'existence d'hypothèques au profit de la femme.

La renonciation a d'abord un effet bien certain : elle garantit l'acquéreur contre le droit de suite qui appartiendrait à la femme ; c'est l'effet que les parties ont eu principalement en vue. La renonciation peut encore avoir un autre effet ; elle est une variété de la cession, elle donnera à l'acquéreur les droits hypothécaires de la femme, pour le cas où il trouverait avantage à les exercer. Cet avantage apparaîtra quand, en présence de créanciers postérieurs à la femme, il aura été amené à purger ou à délaisser ; il lui sera utile alors de profiter de l'hypothèque de la femme pour assurer sa créance de garantie contre le mari. C'est au moins dans ce sens qu'on interprète la convention des parties d'après leur volonté présumée ; mais il est clair qu'on pourrait concevoir une renonciation pure, qui anéantirait seulement le droit de suite de la femme, sans attribuer le droit de préférence qu'elle pourrait opposer aux autres créanciers du mari. Cette convention, parce qu'elle ne garantit qu'imparfaitement les intérêts du tiers acquéreur, ne doit pas être supposée ; il faudrait quelle fût exprimée en termes formels.

81 *bis*. XV. Les divers actes dont nous venons de parler ne peuvent être consentis par la femme que conformément aux règles qui régissent sa capacité, c'est-à-dire que si elle est mariée sous le régime dotal, l'hypothèque, en tant qu'elle garantirait des créances dotales inaliénables, ne pourrait pas être cédée. même avec l'autorisation maritale.

81 *bis*. XVI. Quand nous avons traité de la cession des hypothèques en général (n° 75 *bis*, VI et suiv.), nous avons vu que cet acte n'est assujetti à aucune condition de forme ; il n'en est pas ainsi de l'hypothèque des femmes : elle ne peut être cédée que par acte authentique ; c'est la prescription particulière de l'article 9 de la loi du 23 mars 1855. L'intention manifeste du législateur a été de protéger la femme contre sa propre faiblesse. Les cessions ou renonciations ayant pour objet l'hypothèque de la femme sont, comme nous l'avons dit, le plus souvent consenties dans l'intérêt du mari ; partant il y a lieu de craindre que celui-ci n'abuse de

l'inexpérience et de la confiance de sa femme, qu'il ne lui fasse signer des actes qu'elle ne lit pas peut-être, qu'elle ne comprend pas au moins, ou bien même qu'il n'exerce sur elle une véritable pression; ces dangers sont prévenus par l'exigence de la loi : la présence d'un officier public est une garantie contre les violences; elle assure que l'acte est lu aux parties qui vont le signer; elle offre à la femme un conseil prêt à lui expliquer les conséquences de l'acte qu'elle fait.

81 *bis*. XVII. Il était nécessaire de s'expliquer sur les motifs de l'article 9, car ces motifs nous induiront à décider que la femme peut invoquer le vice de l'acte pour faire annuler la cession ou la renonciation qu'elle aurait faite par acte sous seing privé (1).

81 *bis*. XVIII. La cession de l'hypothèque légale de la femme peut être faite tacitement, c'est-à-dire qu'elle peut résulter de conventions qui n'auraient pas eu pour objet direct et apparent l'hypothèque elle-même, mais qui impliqueront l'intention de la céder. Il y a là une question de fait laissée à l'appréciation des tribunaux, mais qui doit être certainement décidée, dans le doute, contre la cession, parce que l'abandon d'un droit, l'aliénation ne peut pas être supposée.

81 *bis*. XIX. On pourra voir une subrogation tacite, ou pour mieux dire une renonciation à l'hypothèque sur un bien déterminé, quand la femme aura concouru à la vente d'un propre du mari ou d'un bien de communauté, ou à un acte émané du mari et qui constituera sur un de ses propres ou sur un bien de communauté, soit une hypothèque, soit un autre droit réel. Dans ces cas il est difficile d'expliquer autrement l'accession de la femme au contrat. Pourquoi est-elle partie au contrat, puisque le mari pouvait seul consentir à l'aliénation? Mais si le concours de la femme pouvait s'expliquer autrement que par le besoin de donner à l'acquéreur une sauvegarde contre l'hypothèque légale, on ne devrait pas admettre qu'il y a eu renonciation. Si, par exemple, le même contrat contenait la vente d'un bien du mari et d'un propre de la femme, il ne résulterait pas nécessairement de la présence de la femme, qu'elle a voulu renoncer à son hypothèque : elle avait un rôle nécessaire dans le contrat, puisqu'elle aliénait un bien qui lui était propre.

(1) V. C. C. 22 novembre 1880. Sirey, 1881. I. 473.

81 *bis*. XX. Si la femme s'oblige avec son mari, conjointement ou solidairement, elle ne renonce pas non plus à son hypothèque légale; le consentement qu'elle donne n'implique pas cette renonciation, puisqu'on lui trouve facilement un autre objet : la création d'une obligation. La femme peut bien consentir à s'obliger sans consentir pour cela à perdre sa garantie hypothécaire. Il est vrai que si l'engagement n'entraîne pas la renonciation à l'hypothèque, la femme pourra, par des cessions postérieures, nuire à son créancier en détruisant le droit de gage que sa créance lui donne, en vertu de l'article 2093, sur la créance hypothécaire de la femme, comme sur tous ses autres biens. Mais ce n'est pas une raison pour admettre que la femme a renoncé à son hypothèque, car en règle générale un créancier quelconque qui n'a pas reçu d'hypothèque ou de gage parfait peut souffrir par le fait que son débiteur contracte de nouvelles dettes ou aliène ses biens, et il n'a pas d'autre ressource que l'action révocatoire résultant de l'article 1167; mais il faut que les actes attaqués par lui soient frauduleux.

81 *bis*. XXI. Nous venons de raisonner en vue de l'hypothèse où la femme concourt à un acte par lequel le mari s'oblige personnellement sans conférer d'hypothèque au créancier. Notre solution changera si dans l'acte d'engagement le mari avait sur son propre ou sur un bien de communauté conféré une hypothèque conventionnelle, l'espèce alors se rapprocherait de celle où la femme accède à un acte de constitution d'hypothèque; en s'associant à cette convention, la femme a dû comprendre qu'elle renonçait à en paralyser les effets par l'exercice de son droit d'hypothèque légale.

81 *bis*. XXII. Dans les hypothèses où nous découvrons des cessions ou renonciations tacites, il faudra toujours tenir compte de la règle de forme imposée par l'article 9 de la loi de 1855 : cette cession ou cette renonciation doit être faite par acte authentique; on ne pourra donc pas induire d'un acte sous seing privé, ou de tout autre fait qui ne sera pas constaté dans un acte authentique, la cession ou renonciation tacite. La disposition protectrice de l'article 9 serait singulièrement énervée, si l'on pouvait accomplir par la voie indirecte ce qui ne peut être fait directement. Nous pouvons dire, d'ailleurs, que la femme a plus besoin encore d'être éclairée sur les conséquences de ces actes, quand ces conséquences se cachent, que lorsqu'elles apparaissent ouvertement, parce qu'elles sont l'objet immédiat d'une convention.

81 *bis*. XXIII. Les effets des cessions d'hypothèques légales des femmes mariées et des renonciations à ces hypothèques sont ceux que nous avons attribués aux cessions d'hypothèques en général (n° 75 *bis*. XII); c'est-à-dire que le tiers qui bénéficie de l'hypothèque de la femme mariée ne l'acquiert pas comme une hypothèque qui désormais s'attacherait directement à sa créance et qui n'aurait plus aucune relation avec la créance de la femme, qu'elle garantissait primitivement. Cessionnaire de l'hypothèque de la femme mariée, le subrogé en profite dans la limite de ses droits de créance contre le mari, mais dans la limite aussi des droits de créance de la femme; il exerce les droits qu'aurait eus la femme si elle n'avait pas consenti à une cession.

81 *bis*. XXIV. Les conséquences de cette idée sur les effets de la cession sont faciles à tirer. La principale est celle-ci : le subrogé qui veut se prévaloir de l'hypothèque de la femme doit prouver que cette femme est créancière de son mari, et de quelle somme elle est créancière.

Si, par exemple, la femme est devenue créancière à l'occasion de l'aliénation d'un de ses propres, et si le mari a fait remploi du prix, même après la cession de l'hypothèque, le créancier ne peut pas prétendre à une hypothèque de ce chef, parce que le remploi a anéanti la créance de la femme.

On peut formuler cette décision d'une façon générale en disant que le sort de l'hypothèque dépend du résultat de la liquidation des droits de la femme après la dissolution de la communauté ou du mariage, et qu'elle n'est efficace que si, de cette liquidation, il apparaît que la femme est restée créancière de son mari.

81 *bis*. XXV. L'effet de la cession ne dépendra pas seulement du montant des créances de la femme, mais aussi du résultat du partage de la communauté, au point de vue de l'attribution des biens; car la femme n'a pas hypothéqué ses biens, elle a cedé une hypothèque sur ceux de son mari; donc, sur les biens de communauté qui tombent en son lot, elle ne saurait être grevée de l'hypothèque, puisque ces biens, en vertu de l'article 883, sont censés lui avoir toujours appartenu et n'avoir jamais été la propriété du mari.

81 *bis*. XXVI. On voit que la volonté de la femme peut avoir une influence sur l'existence de l'hypothèque cédée, par exemple en acceptant ou n'acceptant point un remploi, en répudiant ou

ne répudiant pas la communauté; mais cette volonté n'aura qu'une influence indirecte : on doit refuser à la femme le droit de porter atteinte par un acte direct de sa volonté au droit de son cessionnaire, par exemple en faisant d'autres cessions qui nuiraient à la première ou en consentant à la restriction de son hypothèque légale.

82. L'hypothèque légale est attribuée, 2° aux droits et créances des mineurs et des interdits, sur les biens de leur tuteur. V. art. 2121, al. 3. Les droits et créances dont il s'agit ici sont, sans difficulté, ceux qui sont relatifs à la gestion (v. art. 2135-1°), en d'autres termes, tous ceux qui rentrent dans l'action de tutelle.

82 *bis*. I. L'hypothèque légale des mineurs et des interdits assure le paiement de toutes les sommes dont le tuteur peut être débiteur à raison de sa gestion, et par conséquent de celles dont il était personnellement tenu envers le pupille avant qu'il fût devenu tuteur. Il a dû en effet se libérer envers son pupille, et le montant de sa dette doit figurer comme recette au compte de tutelle. Les Romains exprimaient et résumaient cette idée en disant : *Debuit a seipso exigere*. Cette raison nous impose cependant une restriction : si la dette n'est pas arrivée à échéance pendant tout le cours de la tutelle, elle ne peut pas être devenue hypothécaire, parce que le débiteur a été tuteur du créancier. Le tuteur qui n'aurait pas eu à poursuivre un débiteur étranger dont la dette n'était pas exigible, n'était pas obligé *ad exigendum a seipso*, il n'a pas été contraint à verser cette somme dans la caisse du pupille, il se retrouve donc à la fin de la tutelle ce qu'il était au commencement, débiteur chirographaire de cette dette ancienne.

Il faudrait raisonner de même par rapport aux dettes qui auraient pris naissance du chef d'un étranger, soit avant, soit pendant la tutelle, et qui seraient, pendant la tutelle, devenues par succession dettes du tuteur; si leur échéance n'arrivait pas au cours de la tutelle, elles ne seraient pas garanties par l'hypothèque légale.

82 *bis*. II. Cette hypothèque grève les biens des tuteurs de mineurs ou d'interdits, et sans contredit les biens des cotuteurs, pro-

tuteurs, et tuteurs officieux. Car les dénominations qui désignent ces diverses personnes manifestent chez le législateur la pensée que ce sont là des tuteurs.

82 *bis*. III. La mère tutrice qui conserve indûment la tutelle lors de son second mariage est également soumise à l'hypothèque, non seulement pour la gestion antérieure à ce mariage, ce qui n'est pas douteux, mais pour sa gestion postérieure, car cette gestion n'a pas un caractère propre, elle est tout simplement la continuation de la gestion antérieure, la responsabilité est la conséquence de la qualité de tutrice qui appartenait à la mère ; celle-ci a dépassé les limites de temps qui étaient assignées à ses fonctions, mais c'étaient toujours ces fonctions qu'elle prétendait exercer.

82 *bis*. IV. Voilà toute l'extension que nous pouvons donner à l'expression tuteur que nous lisons dans l'article 2121, malgré les analogies qui pourraient exister entre certaines situations et celle de tuteur. Nous refusons d'admettre qu'il existe une hypothèque légale sur les biens du subrogé tuteur, qui n'est ordinairement qu'un surveillant et qui n'a la gestion des affaires du mineur que dans des circonstances très exceptionnelles.

Le père administrateur légal (art. 389) n'est pas soumis à l'hypothèque légale, puisque la loi évite avec soin de lui donner le titre de tuteur, et non sans raison, car il est rare que les enfants qui ont leur père et leur mère soient propriétaires d'un patrimoine important, et dès lors il était inutile de grever d'hypothèque les biens de tous les pères, quand déjà ces mêmes biens sont frappés comme biens de maris.

Les curateurs et les conseils judiciaires ne sont pas des tuteurs, et l'hypothèque ne les atteint pas.

Le second mari, solidairement responsable avec sa femme des pertes de la tutelle indûment conservée (art. 395), n'est pas non plus un tuteur. Il n'a jamais été cotuteur, par conséquent il est impossible de faire, par rapport à lui, le raisonnement qui nous a conduit à donner au mineur l'hypothèque légale sur les biens de sa mère pour les créances résultant de la gestion indûment continuée par celle-ci.

82 *bis*. V. Enfin il est une personne qui porte cependant le nom de tuteur et dont les biens ne sont pas atteints par l'hypothèque légale : c'est le *tuteur à la substitution* (art. 1055, 1056); son titre n'exprime pas exactement sa fonction, il n'a pas d'administration,

il ressemble plutôt à un subrogé tuteur qu'à un tuteur; l'ordonnance de 1747 sur les substitutions l'appelait curateur. Enfin l'on peut dire que le texte de l'article 2121 ne le comprend pas dans sa disposition, car il n'y est pas dit que tous les tuteurs ont leurs biens grevés de l'hypothèque légale, mais que les mineurs et interdits ont une hypothèque sur les biens de leur tuteur. Or les appelés à la substitution qui pourraient être créanciers du tuteur n'ont pas contre lui des droits en tant que mineurs ou interdits; ils étaient peut-être majeurs quand la substitution a été faite et la tutelle a commencé ; ce n'est pas en vue de protéger des incapables que cette tutelle est organisée, c'est pour garantir les droits de personnes incertaines, ce qui nous place tout à fait en dehors de la disposition de l'article 2121 (1).

82 *bis*. VI. Les personnes placées dans des établissements publics ou privés d'aliénés, aux termes de la loi de 1838, sont, lorsqu'elles n'ont pas été interdites, protégées quant à leurs intérêts pécuniaires par un administrateur provisoire qui est, dans les circonstances déterminées par la loi, nommé par le tribunal civil (art. 31 et 32 de la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés). Jamais les biens de l'administrateur ne sont frappés par l'hypothèque légale de l'article 2121. Mais la loi autorise sur ses biens l'établissement d'une hypothèque, qui est certainement d'une nature toute particulière, mixte, mi-partie légale, mi-partie judiciaire.

Aux termes de l'article 34 de la loi, le tribunal peut constituer sur les biens de l'administrateur une hypothèque générale ou spéciale jusqu'à concurrence d'une somme déterminée. On peut dire que cette hypothèque est judiciaire, puisqu'elle résulte d'un jugement; mais ce n'est pas l'hypothèque judiciaire du Code civil qui résulte de plein droit d'un jugement sans disposition spéciale; c'est comme une variété de l'hypothèque légale des interdits, différant de celle-ci parce que la loi l'autorise au lieu de l'imposer et s'en remet aux tribunaux pour qu'ils en apprécient l'opportunité. Elle se rapproche d'ailleurs de l'hypothèque judiciaire en ce qu'elle n'a de rang que par l'inscription, et elle se distingue des deux hypothèques, légale et judiciaire, en ce qu'elle peut être spéciale.

83. L'hypothèque légale est attribuée, 3° aux droits et créances de l'État, des communes et des établissements pu-

(1) V. t. IV, n° 217 *bis* II.

blics, sur les biens des receveurs et administrateurs comptables. V. art. 2121, al. 4.

83 *bis*. I. L'hypothèque est établie par la loi en faveur de personnes morales dont les intérêts ne peuvent pas être facilement sauvegardés par la surveillance des véritables intéressés.

Il n'est pas nécessaire de définir l'État et la commune; nous placerons à côté d'eux le département, dont la personnalité civile n'était pas reconnue lors de la rédaction du Code civil comme elle l'est aujourd'hui.

Par le mot établissements publics, la loi désigne les établissements fondés par l'État, les départements ou les communes dans un but d'utilité publique, comme les hôpitaux, les monts-de-piété et généralement les établissements dont la comptabilité est soumise aux règles sur la comptabilité des deniers publics. (V. décret du 31 mai 1862, art. 1er.)

83 *bis*. II. L'hypothèque légale pèse sur les biens des comptables, c'est-à-dire de ceux qui ont le maniement des deniers publics, et non pas sur les biens de ceux qui en ordonnent ou surveillent l'emploi. En termes techniques, les ordonnateurs, comme les ministres, les préfets, les maires, ne sont pas atteints par l'hypothèque légale. Ce sont les receveurs et les payeurs qui ont le maniement des deniers; l'hypothèque légale frappe leurs biens. Les principaux parmi ces fonctionnaires sont les trésoriers-payeurs généraux (anciens receveurs généraux) et les receveurs particuliers. Quant aux percepteurs, ils ne doivent pas de comptes directs à l'État, ils comptent avec le receveur particulier dont ils sont comme les agents et qui est responsable de leur gestion; l'hypothèque légale ne frappe donc pas leurs biens.

84. Les trois hypothèques légales ont cela de commun, qu'elles frappent, en général, tous les immeubles présents et à venir. V. art. 2122; v. pourtant art. 2140-2145, 2161; v. aussi C. comm., art. 563.

85. Il faut comprendre encore au nombre des hypothèques légales les privilèges sur les immeubles (art. 2106-2113), et l'hypothèque des légataires sur les biens de la succession (art. 1017). V. aussi C. comm., art. 490.

SECTION II.

Des hypothèques judiciaires.

86. L'hypothèque judiciaire résulte de tout jugement rendu en France; ajoutons, pourvu qu'il porte des condamnations. Il n'importe d'ailleurs qu'il soit contradictoire ou par défaut, provisoire ou définitif. V. art. 2123, al. 1.

86 *bis*. I. Le créancier qui obtient en justice une condamnation contre son débiteur devient créancier hypothécaire, alors même qu'il n'était que créancier chirographaire; s'il avait une hypothèque spéciale, il acquiert une hypothèque générale. La condamnation prononcée à son profit augmente ses garanties, parce qu'il est d'intérêt public que les décisions de la justice soient autant que possible exécutées.

86 *bis*. II. On a toutefois critiqué l'institution de l'hypothèque judiciaire, qu'on a présentée comme un dernier vestige, respecté presque inconsciemment, de l'ancienne théorie sur l'hypothèque générale attachée aux actes ayant la force exécutoire. On lui a reproché en théorie d'exagérer les pouvoirs du juge qui doit déclarer les droits et non pas les créer; en pratique, on a dit qu'elle est injuste parce qu'elle favorise les créanciers exigeants, les mieux instruits du mauvais état des affaires du débiteur; qu'elle est dangereuse parce qu'elle multiplie les entraves à la circulation des biens.

L'hypothèque judiciaire a résisté à ces critiques. En effet, il est inexact de dire que le juge crée un droit; il augmente les garanties du droit de créance dont il déclare l'existence, exactement comme il donne le droit d'exécuter ou comme il accorde la contrainte par corps.

Quant à l'objection tirée des nécessités du crédit public, elle a trop de portée, car elle ne tendrait à rien moins qu'à la suppression de toutes les hypothèques, et particulièrement des hypothèques légales.

L'hypothèque judiciaire n'est pas injuste : ce n'est pas le débiteur qui peut s'en plaindre; puisqu'il ne remplit pas ses engagements, il est juste que le créancier réalise son droit de gage, et si l'on se préoccupe de l'intérêt des autres créanciers chirographaires,

on doit songer qu'ils ont le même droit, qu'ils peuvent surveiller le débiteur et le presser.

L'avantage de l'hypothèque judiciaire est de développer le crédit chirographaire, de réduire le nombre des hypothèques conventionnelles, et partant de favoriser en même temps le développement des affaires et la liberté des propriétés foncières.

86 *bis*. III. Pour que le jugement emporte l'hypothèque judiciaire, il n'est pas nécessaire que son dispositif constitue expressément l'hypothèque, il suffit qu'il emporte une condamnation qui puisse tôt ou tard imposer à la partie condamnée une prestation pécuniaire, soit que cette partie se trouve contrainte directement de payer une somme d'argent, soit que, condamnée à accomplir un certain fait, elle puisse devoir des dommages et intérêts au cas d'inexécution.

87. L'hypothèque peut même résulter des simples actes judiciaires (art. 2118), pourvu, bien entendu, que le fait constaté soit un fait obligatoire. Cela s'applique textuellement au cas de reconnaissance ou vérification d'écritures ou signatures privées, faite en jugement. L'hypothèque a lieu alors, quoique le tribunal n'ait prononcé aucune condamnation, mais se soit borné à donner acte de la reconnaissance ou vérification. V. art. 2123, al. 1, *in fine;* v. pourtant L. 3 sept. 1807, art. 1.

87 *bis*. I. L'expression *acte judiciaire* peut désigner tout acte accompli en la présence et sous la surveillance du juge; mais, dans un sens plus étroit, c'est la constatation par la justice d'un fait non contesté; s'il y avait contestation, la déclaration de l'existence de ce fait par la justice serait un jugement.

La constatation d'un fait par la justice intéresse la matière des hypothèques, quand ce fait est l'existence d'une obligation; alors cet acte judiciaire donne au créancier les mêmes garanties qu'un jugement.

87 *bis*. II. L'acte judiciaire que la loi a particulièrement signalé comme entraînant l'hypothèque judiciaire, c'est la reconnaissance d'écriture; mais est-ce bien le seul acte qui produit cet effet? Si l'on s'en rapporte à l'article 2117, il semble qu'il y ait différents actes judiciaires engendrant l'hypothèque, car cet article, qui con-

tient la définition de ces hypothèques, dit en s'exprimant au pluriel, qu'elles résultent des jugements ou actes judiciaires. On pourrait alors se demander si ce qu'on appelle un jugement d'adjudication, et qui n'est en somme que la constatation en fait du résultat des enchères, entraîne une hypothèque : s'il en est de même de la décision judiciaire qui admet une caution dont la solvabilité était contestée (art. 522, C. Pr.), ce qui ne peut certes pas être considéré comme la décision d'une contestation sur l'engagement de la caution, puisque cet engagement est tout volontaire de sa part. Admettre l'hypothèque dans ces circonstances et dans d'autres semblables, ce serait, nous n'hésitons pas à le dire, abuser du texte de l'article 2117. Cet article n'a pas d'autre objet que de traduire des mots, de donner la notion sommaire des diverses espèces d'hypothèques ; il n'entre pas dans les détails ; il constate que des jugements et des actes judiciaires peuvent emporter l'hypothèque ; il ne dit pas, parce qu'on le dira plus tard, quels sont ces jugements et quels sont ces actes judiciaires. Il parle, il est vrai, des actes judiciaires en mettant l'expression au pluriel, mais il peut aussi bien avoir songé à la pluralité des actes judiciaires d'une même espèce, qu'à la pluralité des espèces d'actes judiciaires. En résumé, pour admettre l'existence d'une hypothèque non consentie par les parties, il est nécessaire de se trouver en présence d'un texte précis, et rien n'est plus vague que le texte de l'article 2117.

Au surplus, si pour justifier la correction grammaticale de l'article 2117, on croit nécessaire qu'il existe plusieurs actes judiciaires de natures diverses protégés par l'hypothèque, on peut attribuer aux rédacteurs du Code la pensée que l'ordonnance du président qui rend exécutoire une sentence arbitrale est un acte judiciaire, et que l'hypothèque est la conséquence de cette ordonnance plutôt que de la sentence.

87 *bis*. III. Les actes sous seing peuvent être déniés ou méconnus par ceux à qui ils sont opposés ; de là est née la nécessité de la procédure en reconnaissance ou en vérification d'écritures. Si le prétendu signataire de l'acte ou son représentant avoue la signature, il y a reconnaissance, constatation pour la justice d'un fait non contesté, acte judiciaire ; si le prétendu signataire dénie sa signature, si son représentant déclare ne pas la reconnaître, il y a lieu à vérification : la décision qui intervient met fin à un litige, c'est un jugement (Art. 193-195, C. Pr.)

87 *bis.* IV. La procédure tendant à la reconnaissance ou la vérification d'écriture est un acte conservatoire; il est important qu'elle puisse être commencée avant même l'échéance de la dette, parce qu'après l'échéance, le débiteur sera peut-être disposé à dénier sa signature pour gagner du temps; peut-être sera-t-il mort et les héritiers, de bonne ou de mauvaise foi, refuseront de reconnaître sa signature; enfin les témoins eux-mêmes qui pourraient éclairer la justice peuvent avoir disparu. Mais s'il est utile que la procédure soit tôt commencée, il est dangereux aussi qu'elle produise trop tôt tous ses effets. D'après l'article 2123, le jugement de reconnaissance ou de vérification emporte hypothèque, et, par conséquent, avant l'échéance les biens du débiteur sont frappés d'une charge que ce débiteur n'a pas voulu constituer conventionnellement; tandis que l'hypothèque judiciaire a sa raison d'être dans l'inertie ou la résistance du débiteur qui se laisse comdamner, elle frappe ici un débiteur qui n'est pas condamné et à qui l'on ne peut pas reprocher d'être en retard. Ces conséquences fâcheuses de la disposition du Code civil ont apparu dès les premiers jours de la rédaction de ce Code; aussi la règle a-t-elle été non pas supprimée, mais complétée et amendée par une loi presque contemporaine du Code civil, la loi du 3 septembre 1807 *sur les inscriptions hypothécaires en vertu de jugements rendus sur des demandes en reconnaissance d'obligations sous seing privé.*

Cette loi a respecté le principe, elle n'a pas changé la règle du Code; l'hypothèque résulte toujours des jugements de reconnaissance ou vérification d'écriture, à quelque époque que ces jugements aient été obtenus; mais l'inscription ne peut être prise qu'après l'échéance de la dette. L'intérêt du débiteur est ainsi sauvegardé, car peu lui importe l'existence abstraite de l'hypothèque; ce qui le touche, c'est la manifestation de cette hypothèque par l'inscription, parce que l'inscription seule nuit à son crédit; tant que la dette n'est pas échue, l'inscription ne peut pas être prise; quand elle peut être prise, la dette est échue et le débiteur est en faute.

87 *bis.* V. La loi de 1807 a, du reste, réservé l'effet d'une stipulation contraire, c'est-à-dire d'une convention qui autoriserait l'inscription avant l'échéance, et cette réserve a peut-être été inspirée par un respect exagéré pour la liberté des conventions. Car en matière d'hypothèque les conventions ne sont pas absolument libres et souveraines, et en bénéficiant de la disposition de la loi

de 1807 dont nous nous occupons, les parties pourront arriver à la constitution d'une hypothèque qui aura son fondement dans la convention et qui n'aura pas été consentie dans la forme notariée.

87 *bis*. VI. Les obligations constatées par des actes authentiques ne donnent pas lieu à des procédures de reconnaissance d'écritures; elles pourraient néanmoins acquérir par jugement le bénéfice de l'hypothèque judiciaire. Il y a d'abord un cas qui ne peut soulever aucune difficulté, c'est celui où le débiteur, poursuivi en vertu d'un titre authentique exécutoire, forme opposition aux poursuites exercées en vertu de ce titre; si le tribunal reconnaît la validité des poursuites, il en ordonne la continuation, et cette décision doit être certainement considérée comme portant sur un point litigieux et imposant à la partie la nécessité de payer une somme d'argent, donc elle doit être garantie par l'hypothèque.

Mais il ne faut pas craindre d'aller plus loin, il faut permettre au créancier porteur d'un titre exécutoire de s'adresser à la justice pour obtenir la condamnation du débiteur et acquérir ainsi l'hypothèque judiciaire. On a objecté que ce créancier n'avait que faire d'intenter une action, qu'il était armé d'un titre exécutoire, et que sa demande n'avait pas d'autre but que d'obtenir une hypothèque contrairement à la convention des parties; nous répondons que la justice ne peut pas refuser de reconnaître l'existence d'un droit qui, pour n'être peut-être pas contesté, est en souffrance par le fait d'un débiteur qui oppose la force d'inertie aux justes exigences du créancier; qu'il est bon que la justice condamne ce débiteur. Nous ajoutons que ce débiteur n'a pas sujet de se plaindre et d'invoquer la convention qu'il a faite et qui ne constituait pas d'hypothèque; ce débiteur est en faute puisque la dette est échue et qu'elle n'est pas payée; comment invoquera-t-il une convention qu'il n'exécute pas? Si le Code civil attache l'hypothèque judiciaire au jugement de reconnaissance d'écriture rendu avant l'échéance, il ne peut pas la refuser au créancier, porteur d'un titre exécutoire, qui ne peut certainement agir qu'après l'exigibilité de la dette.

88. Il faut entendre par jugements, même les actes émanés de l'autorité administrative, qui portent des condamnations ou décernent des contraintes. V. avis cons. d'État, 25 thermid. an XII et 29 octob. 1811.

89. Mais l'hypothèque ne pouvant résulter que des actes émanés de l'autorité publique, il s'ensuit : 1° que les décisions arbitrales n'emportent hypothèque qu'autant qu'elles sont revêtues de l'ordonnance d'*exequatur* (C. Pr., art. 1020); 2° que les jugements rendus en pays étrangers ne l'emportent en général qu'après qu'ils ont été déclarés exécutoires par un tribunal français, sauf les dispositions contraires des lois politiques ou des traités. V. art. 2123, al. 3 et 4.

89 *bis*. I. A côté des jugements il faut placer les sentences arbitrales, décisions rendues sur des contestations par des personnes que les parties ont choisies pour remplir accidentellement les fonctions de juges. Comme elles n'émanent pas de fonctionnaires de l'ordre judiciaire, elles ne peuvent être exécutées qu'après avoir été revêtues par le président du tribunal d'une ordonnance d'*exequatur;* la même formalité est requise pour qu'elles puissent donner l'hypothèque : il faut en effet, quand la partie requerra l'inscription, que le titre présenté au conservateur porte la signature d'une personne publique.

89 *bis*. II. Les jugements rendus par les tribunaux étrangers peuvent aussi, sous certaines conditions, donner naissance à l'hypothèque judiciaire sur les immeubles situés en France.

Il y a d'abord une hypothèse où la règle de la loi est très simple : si, entre la France et la nation à laquelle appartient le tribunal qui a rendu le jugement, il existe un traité reconnaissant que l'hypothèque judiciaire résulte en France des jugements rendus par les tribunaux de cette nation. Il ne suffirait pas qu'un traité accordât aux jugements français l'effet de produire l'hypothèque sur le territoire de la nation qui a traité avec la France, parce qu'il ne s'agit pas ici d'une pure application de l'article 11. Certes, quand un droit civil est accordé par traité aux Français dans un certain pays, les nationaux de ce pays ont par réciprocité ce droit en France, sans stipulation spéciale. Mais ici il ne s'agit pas d'un droit civil accordé aux Français considérés individuellement, il s'agit de la force attribuée à un acte de la puissance publique; on peut concevoir que la France stipule qu'une certaine force sera attribuée à l'étranger aux actes des autorités françaises, sans accorder tacitement la même force en France aux actes de l'autorité étrangère.

Ce ne sont pas les droits des particuliers qui sont en jeu. Quand nous attribuons une certaine force aux jugements étrangers en France, nous ne nous inquiétons pas de la nationalité de celui qui se prévaut du jugement; la question se pose sur la nationalité du tribunal, et non sur celle de la partie : ce n'est donc pas une question de jouissance des droits civils. Voilà pourquoi nous ne donnons pas pour l'application de l'article 2123 la formule de l'article 11, pourquoi nous ne croyons pas qu'on puisse poser ici la règle de la réciprocité. En fait la difficulté se présentera rarement, et elle aura été prévue et réglée expressément par les traités.

89 *bis*. III. L'article 2123 prévoit encore le cas où des lois politiques contiendraient quelque dérogation à sa disposition. Ceci est une pure hypothèse qui ne s'est pas réalisée, mais dont la réalisation n'aurait rien de contraire aux principes du droit. Il s'agit du cas où le pouvoir législatif français attribuerait à des jugements émanés de l'autorité judiciaire d'une certaine nation étrangère la force de conférer hypothèque en France, sans qu'il existât sur ce point aucun traité, aucune convention avec la nation dont les jugements seraient ainsi favorisés.

89 *bis*. IV. La disposition la moins claire de l'article 2123, 4e §, est celle qui concerne l'effet ordinaire des jugements étrangers, alors qu'il n'existe ni traité ni loi spéciale sur ce point.

L'article dit très nettement que le jugement n'emportera hypothèque qu'autant qu'il aura été déclaré exécutoire par un tribunal français; mais il ne détermine pas d'une façon précise l'importance du rôle du tribunal français. A-t-il une simple mission de forme à remplir? doit-il simplement donner ce qu'on appelait autrefois un *visa* ou *pareatis*, pour le respect apparent et théorique du principe de la souveraineté nationale? ou doit-il examiner, juger et reviser le fond même du jugement? c'est un point contesté qui mérite une attention sérieuse.

Il est difficile de prétendre que le tribunal n'ait absolument qu'une formalité à remplir, qu'il déclare le jugement exécutoire comme on donne un *visa*, uniquement pour attester que la pièce a été présentée à celui qui la vise. S'il ne s'était agi que de cela, il n'eût pas été nécessaire d'exiger un jugement rendu par un tribunal; une ordonnance de président eût suffi. Aussi, on convient au moins que le tribunal doit examiner la régularité du jugement étranger, s'il émane d'un tribunal compétent au point de vue de la législation

étrangère, s'il n'a pas été rendu par une prétendue autorité judiciaire d'un pays non civilisé; enfin si les moyens de contrainte ne sont pas en contradiction avec les règles du droit français sur l'exécution des jugements. Il est clair, en effet, que l'exécution devant avoir lieu en France, il ne faut pas que les procédés d'exécution soient condamnés par la loi française, comme seraient des violences physiques sur la personne, ou même la contrainte par corps en dehors des cas réglés par la loi de 1867.

Ceux qui envisagent la question à ce point de vue disent que le jugement, en tant qu'il tranche la contestation, est inattaquable et ne peut être revisé, mais que les détails de son exécution doivent être mis en harmonie avec la législation française.

89 *bis*. V. L'opinion qui restreint ainsi les pouvoirs du tribunal français s'appuie sur l'article 2123, qui fait dériver l'hypothèque judiciaire du jugement étranger, et sur l'article 546 du Code de procédure, qui déclare les jugements étrangers exécutoires en France sous cette condition. Elle objecte que, dans le système qui admet la révision du fond, ce ne serait pas le jugement étranger qui serait exécutoire, et qui engendrerait l'hypothèque, ce serait le jugement d'un tribunal français qui lui serait substitué.

89 *bis*. VI. Il y a des jurisconsultes qui, tout en admettant cette doctrine, la modifient en faveur des Français. Ils décident que, par exception, quand le jugement est rendu contre un Français, le tribunal saisi doit reviser au fond la décision du tribunal étranger. Cette doctrine a son origine dans l'article 121 de l'ordonnance de 1629, qui s'exprime ainsi : « Les jugements rendus, contrats et obligations reçus ès royaumes et souverainetés étrangères pour quelque cause que ce soit, n'auront hypothèque ni exécution en notredit royaume, ains tiendront lieu de simples promesses, et nonobstant les jugements, nos sujets contre lesquels ils auront été rendus pourront de nouveau débattre leurs droits comme entiers par-devant nos officiers. » On présente cet article 121 comme étant encore en vigueur et comme constituant un privilège en faveur des Français, qui pourraient débattre de nouveau leurs droits, c'est-à-dire faire reviser à fond les jugements, tandis que les étrangers n'auraient pas ce droit.

89 *bis*. VII. Il faut d'abord se débarrasser de cette opinion moyenne avant d'aborder la discussion de celle qui refuse en tout cas le droit de revision.

Cette opinion affirme l'existence d'un privilège en faveur des Français; il est clair qu'il faut un texte pour le consacrer; c'est pour cela qu'on a été chercher l'article 121 d'une ordonnance de Louis XIII. Mais il y a de graves objections à faire contre l'application de cette ordonnance.

En premier lieu, le texte de l'ordonnance, quand on l'étudie de près, n'est pas aussi clair et aussi formel qu'on le suppose, dans le sens d'un privilège concédé aux Français exclusivement. L'article que nous avons cité contient une disposition principale qui a une portée des plus générales; la règle qu'il pose est celle-ci : Les jugements étrangers n'auront aucune hypothèque ni exécution en France. Voilà le principe, il ne s'agit pas seulement des jugements rendus contre les Français; quand l'article continue : Les contrats tiendront lieu de simples promesses, et nonobstant les jugements, nos sujets... il ne fait que développer la règle, il en montre la conséquence pratique en vue de l'hypothèse qui se produira le plus souvent : celle où l'exécution sera demandée en France contre un Français. Au temps de Louis XIII, les relations internationales n'étaient pas ce qu'elles sont aujourd'hui, et l'hypothèse dans laquelle un étranger aurait en France des biens sur lesquels il s'agirait d'exécuter un jugement devait être des plus rares. Ce n'est pas celle que le législateur a prévue. Mais il est permis de douter qu'en montrant l'application pratique ordinaire de sa règle, l'auteur de l'ordonnance ait voulu restreindre le principe qu'il venait de poser avec un caractère de généralité.

89 *bis*. VIII. Admettons d'ailleurs l'interprétation généralement donnée à l'ordonnance, il n'en existe pas moins une objection historique très grave contre la force qu'on veut aujourd'hui lui attribuer. Cette ordonnance rendue sous l'influence du chancelier Michel Marillac, et qui porte un nom formé du nom de baptême de son auteur, *Code Michaud*, a subi les conséquences de la disgrâce et de la condamnation de son patron; elle n'a pas été enregistrée par tous les parlements du royaume, en sorte qu'elle ne constituait pas le droit commun de la France avant la Révolution; c'est, ce semble, une raison pour qu'on hésite à la considérer comme ayant passé de plein droit dans la législation moderne.

89 *bis*. IX. Enfin, en tant qu'elle pourrait être en vigueur autrefois, elle est abrogée, dans son article 121, par la législation actuelle. Cet article, en effet, peut être considéré comme réglant

un point relatif à la procédure, une question d'exécution des jugements, ou comme traitant d'une matière de droit civil, soit la matière de la chose jugée, soit la matière des hypothèques, soit même la matière des droits propres aux Français.

S'il s'agit d'une question relative à l'exécution des jugements, c'est un point traité par un titre du Code de procédure qui commence à l'article 545, et dont l'article 546 parle des jugements étrangers; par conséquent une loi ancienne sur ces matières est formellement abrogée par l'article 1041 du Code de procédure.

Si la règle de l'article 121 de l'ordonnance est une règle de droit civil, elle est abrogée par l'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII, qui déclare sans force les lois anciennes sur les matières qui forment l'objet du Code civil.

Enfin, si l'on veut ne pas se préoccuper de ces textes contenant de larges formules d'abrogation, peut-on ne pas reconnaître que l'article 2123 a touché la question, qu'il l'a réglée bien ou mal, clairement ou d'une façon obscure, mais qu'il a donné une solution qui ne comporte pas de distinction?

89 *bis*. X. Il reste donc à comparer les deux systèmes extrêmes : celui qui n'admet en aucun cas la revision du jugement au fond, et celui qui la reconnaît toujours possible. Les vrais principes nous paraissent conduire à cette dernière solution.

En effet, il n'est pas besoin de l'autorité de l'ordonnance de 1629 ou du Code civil pour reconnaître que les juges étrangers n'ont aucune autorité sur des fonctionnaires français. C'est une règle du droit des gens élémentaire, vraie sans aucun doute en matière législative ou administrative, et qui doit être vraie aussi en matière judiciaire. Or c'est faire acte d'autorité à l'égard des juges français que de les contraindre à sanctionner une décision qu'ils ne vérifient pas. Il est vrai que les arbitres sont investis de ce droit d'imposer leur sentence à l'approbation de l'autorité judiciaire, mais ils ne tiennent pas ce pouvoir d'une investiture donnée par un gouvernement étranger, ils la tiennent de la volonté souveraine des parties, et les tribunaux en faisant exécuter une sentence arbitrale font tout simplement respecter une convention.

On objecte, il est vrai, que si le tribunal français revise le jugement, ce n'est plus un jugement étranger qui est exécuté, comme le veut l'article 2123, mais un jugement français. Cette objection nous paraît fondée sur une erreur de droit qui provient de ce qu'elle

ne considère pas d'assez près les hypothèses diverses embrassées par l'article 2123. Dans le système qui admet la revision au fond, la vérification faite par le tribunal français peut avoir deux dénoûments, l'un conforme à la décision du tribunal étranger, l'autre contraire à cette décision. Si le tribunal français juge comme le tribunal étranger, il approuve le jugement qui lui est soumis, comme une cour d'appel qui rend un arrêt confirmatif, et de même qu'en cas d'arrêt confirmatif c'est le jugement confirmé qui s'exécute, et non pas l'arrêt (art. 472, C. Pr.), de même c'est le jugement étranger, approuvé par le tribunal français, qui devient exécutoire, ainsi qu'il est dit dans l'article 2123, dont les expressions très exactes reçoivent satisfaction par cette manière de considérer l'effet du jugement du tribunal français.

Que si le tribunal français réforme le jugement étranger, il est clair que ce n'est pas ce jugement qui est exécuté, mais aussi il est bon de remarquer que l'article 2123 n'a pas dit : Les jugements rendus en pays étrangers emporteront toujours hypothèque, mais seulement : Ces jugements n'emporteront hypothèque qu'autant qu'ils auront été déclarés exécutoires. Ce qui permet bien de penser que le tribunal français peut ne pas donner au jugement la force exécutoire (1).

90. L'hypothèque judiciaire, comme l'hypothèque légale, peut en général s'exercer sur tous les immeubles présents et à venir du débiteur (v. pourtant art. 2161). V. art. 2123, al. 2 (2).

SECTION III.

Des hypothèques conventionnelles.

91. L'hypothèque conventionnelle dépend des conventions et de la forme extérieure des actes et contrats (art. 2117).

La convention d'hypothèque est en général soumise aux

(1) V. C. Paris, 22 avril 1864 (Sirey, 1865-2-160). C. Nancy, 11 juillet 1874 (Sirey, 1874, 2, 318) ; C. Cass., 20 août 1872 (Sirey, 1872, 1, 327).
(2) V. C. Cass., 26 février 1883. Sirey, 1884, 1, 275.

conditions requises pour la validité de tous les contrats (voir art. 1108). En outre, l'hypothèque étant une sorte d'aliénation ne peut être consentie que par une personne capable d'aliéner. V. art. 2124; v. pourtant C. civ., art. 1507, 1508, et C. comm., art. 6.

92. Il suit de là que celui qui n'est pas propriétaire ne peut en général hypothéquer; que celui dont la propriété est suspendue par une condition ne peut hypothéquer que conditionnellement; enfin, que l'hypothèque consentie par le propriétaire commutable est sujette à résolution ou à rescision, comme le droit du constituant lui-même. V. art. 2125, et à ce sujet, art. 865, 929, 952, 954, 963, 1673; v. pourtant art. 958.

92 *bis*. I. L'hypothèque est un droit réel sur un immeuble : elle entraînera peut-être une vente forcée à la requête du créancier; donc la constitution d'hypothèque contient une aliénation en germe. Voilà pourquoi la capacité d'aliéner est ordinairement la condition de la capacité d'hypothéquer.

C'est la règle de l'article 2124. Elle subit cependant des exceptions qui se présentent sous deux physionomies différentes :

1° Il y a des personnes qui, pouvant hypothéquer, ne peuvent cependant pas aliéner : le mari commun en biens, au cas d'ameublissement consenti par sa femme jusqu'à concurrence d'une certaine somme, peut hypothéquer les immeubles ameublis, mais ne pourrait les aliéner (art. 1507 et 1508). Le mineur commerçant peut donner hypothèque sur ses biens sans avoir la capacité de les aliéner (art. 6, C. comm.).

2° Cas où le pouvoir d'aliéner n'implique pas celui d'hypothéquer. Lorsque, sous le régime dotal, l'immeuble dotal a été stipulé aliénable, il y a lieu de penser que cet immeuble ne peut pas être hypothéqué, à moins d'une convention spéciale dans le contrat de mariage (1).

L'héritier soumis au rapport qui aliène l'immeuble donné confère à l'acquéreur un droit incommutable, tandis que s'il hypothéquait cet immeuble, l'hypothèque serait résoluble, dans le cas où cet

(1) V. t. VI, n° 229 *bis*. VI.

héritier se trouverait astreint à faire le rapport en nature. (Art. 860, 865.)

92 *bis*. II. Le droit d'hypothéquer dépendant du droit d'aliéner et le droit d'aliéner étant un des éléments du droit de propriété, il est naturel que le sort d'une constitution d'hypothèque dépende du sort de la propriété du constituant. Si cette propriété est incertaine, menacée d'une résolution, d'une rescision, la constitution d'hypothèque sera menacée comme le serait une aliénation par la même résolution ou la même rescision. Ce n'est là que l'application d'une règle de bon sens : on ne transfère pas plus de droits qu'on n'en a soi-même ; celui qui n'a que des droits imparfaits ne peut transférer que des droits imparfaits.

Il y a plus, quand la propriété est conditionnelle, ou quand elle est rescindable, deux personnes peuvent conférer hypothèque sur l'immeuble ; car, dans ces hypothèses, il existe véritablement deux propriétaires, l'un dont le droit est résoluble ou rescindable, l'autre dont le droit est suspendu jusqu'à l'arrivée de la condition ou de la rescision. Chacun peut constituer des droits affectés de la même modalité qui affecte sa propriété.

92 *bis*. III. Il est impossible de songer au cas où la propriété est incertaine sur la tête de celui qui a constitué l'hypothèque, sans se préoccuper de l'hypothèse où elle fait complètement défaut, où le constituant hypothèque la chose d'autrui. Il est clair qu'il n'a pas pu conférer un droit réel sur une chose qui ne lui appartient pas ; mais il ne suffit pas de constater ce fait, il faut examiner si cette tentative de constitution d'hypothèque n'aura pas quelque effet juridique. Il y a sur ce point deux questions à traiter : Premièrement, le droit réel qui n'est pas né de la convention d'hypothèque peut-il naître plus tard sans nouvelle convention ? Secondement, la constitution d'hypothèque sur la chose d'autrui entraîne-t-elle une obligation du constituant envers le créancier ?

92 *bis*. IV. La première question suppose que celui qui a fait la convention d'hypothèque relativement à la chose d'autrui devient postérieurement propriétaire de l'immeuble qui avait été l'objet de la convention, et il s'agit de savoir si de cet événement résulte l'hypothèque qui n'avait pas été produite par la convention. Il semble au premier abord que la difficulté se rattache à la théorie de la confirmation des conventions, et s'il en était ainsi, elle devrait se résoudre dans le sens de la négative, car on dirait que la conven-

tion manque d'objet, ce qui entraîne sa nullité radicale et ne permet pas la confirmation par un événement postérieur. Mais la question ne doit pas être placée sur ce terrain : il ne s'agit pas là d'une véritable nullité de la convention, ni surtout d'une nullité fondée sur le défaut d'objet; la convention réunit bien toutes les conditions exigées pour la validité des conventions en général, l'objet notamment est parfaitement déterminé, il n'est pas hors de commerce, seulement celui qui veut constituer un droit réel sur l'immeuble n'a pas la disposition de cet immeuble, il y a un manque de pouvoirs, il n'y a pas absence d'objet. La convention n'est pas véritablement viciée en droit; seulement elle ne peut pas produire d'effet parce qu'elle nuirait au droit d'autrui. Mais quand cet obstacle disparaît, quand celui qui était le *verus dominus* est désintéressé, il n'y a pas de raison pour que la convention continue à être dénuée d'effets. Nous ne voyons pas de raisons pratiques; au contraire, il sera toujours avantageux pour les deux parties que la convention donne les résultats en vue desquels elle avait été faite; quant aux tiers intéressés, c'est-à-dire aux autres créanciers hypothécaires, il y aura à se préoccuper de leurs intérêts au point de vue de la publicité qu'a pu recevoir l'hypothèque, tant que l'immeuble n'appartenait point encore au constituant. Mais, à ce détail près, les tiers ne peuvent pas se plaindre de la solution qui donne vie à cette hypothèque.

On s'appuierait donc, pour décider que l'hypothèque ne peut pas prendre naissance postérieurement à l'acte qui l'a consentie, sur des raisons de théorie pure; ces raisons elles-mêmes ne nous paraissent pas décisives : d'abord nous avons essayé de démontrer qu'il ne fallait pas invoquer les principes sur la confirmation, parce qu'il ne s'agit pas ici d'un acte vicié. Ensuite il nous paraît qu'on invoque à tort l'article 2129, qui déclare que l'acte constitutif de l'hypothèque doit indiquer la nature et la situation de chacun des immeubles *actuellement appartenant au débiteur* sur lesquels l'hypothèque est consentie. On veut conclure de ces expressions que la propriété de l'immeuble dans la personne du débiteur est une condition de la *possibilité légale de l'affectation hypothécaire en soi,* et qu'à défaut de cette condition, l'hypothèque manque de matière ou d'assiette et est entachée d'un vice substantiel (1).

(1) Aubry et Rau, t. II, p. 714, édit. 1865.

Ce raisonnement nous paraît trancher la question par la question; car il fait dire à l'article 2129 bien plus que cet article ne dit; là où la loi a traité incontestablement de la spécialité de l'hypothèque, on lit entre les lignes qu'elle a réglé la question de l'hypothèque de la chose d'autrui et créé une condition substantielle de la validité de la convention d'hypothèque. N'est-il pas plus juridique de décider que la convention est sans effet parce que le consentement émané *a non domino* ne peut pas avoir d'action sur la chose, mais que cet obstacle cessant, la convention produit l'effet qu'elle devait avoir dans l'intention des parties? C'est ainsi qu'un grand nombre d'auteurs et quelques arrêts décident que la vente de la chose d'autrui, déclarée nulle par la loi, devient valable lorsque le vendeur a acquis la propriété de la chose vendue. On est cependant en présence d'un texte qui déclare nulle la vente de la chose d'autrui (art. 1599), et nous n'avons pas un texte aussi énergique dans la matière des hypothèques. Il est vrai que la convention d'hypothèque est solennelle, mais ce n'est pas ce caractère particulier qui conduira à une différence entre la vente et l'hypothèque de la chose d'autrui; l'absence de la propriété sur la tête de celui qui tente de constituer l'hypothèque n'est certainement pas un vice de forme, et ce n'est pas en vertu des règles sur la forme de la constitution d'hypothèque qu'on peut annuler l'hypothèque de la chose d'autrui.

92 *bis*. V. Quand la convention d'hypothèque n'engendre pas le droit réel parce que le constituant n'était pas propriétaire de l'immeuble hypothéqué, il faut au moins reconnaître qu'elle n'est pas absolument dénuée d'effet. Elle doit au moins faire naître une obligation d'indemniser le créancier hypothécaire. Celui-ci, en effet, a eu confiance dans le débiteur : il lui a prêté; ou, s'il avait déjà prêté, il a accordé peut-être du temps, parce qu'il comptait sur l'hypothèque; cette hypothèque vient à lui manquer, et il est exposé à subir un dommage par le fait du constituant; ce fait, alors même qu'il a été accompli de bonne foi, implique une certaine négligence chez celui qui l'a commis, et cela suffit pour entraîner l'obligation de réparer le tort (art. 1382); et si ce fait a été commis de mauvaise foi, il constitue un délit civil, le stellionat (art. 2059), qui ne permet pas de mettre en doute l'existence d'une action en dommages et intérêts.

92 *bis*. VI. Dans une hypothèse, la plus fréquente de toutes, celle

où l'hypothèque a été constituée par le débiteur lui-même, l'obligation d'indemniser le créancier, dont nous venons de constater le fondement d'une manière générale, se traduira en une nécessité de rembourser immédiatement la somme d'argent prêtée. Ce sera le résultat de l'application de l'article 1188; si le débiteur qui par son fait a diminué les sûretés qu'il avait données doit perdre le bénéfice du terme, à plus forte raison doit-il en être ainsi du débiteur qui n'a pas en réalité donné les sûretés qu'il paraissait fournir et sur lesquelles le créancier avait droit de compter.

93. Par suite du même principe, les immeubles des mineurs ou des interdits, ceux des absents. jusqu'à l'envoi définitif, n'étant pas susceptibles d'aliénation volontaire, ne peuvent de droit être grevés d'hypothèque conventionnelle. Bien entendu cependant que cette règle générale n'empêche pas que les biens de ces personnes ne puissent être hypothéqués pour les causes et dans les formes établies par la loi; en outre, ils peuvent l'être *en vertu de jugements*. V. art. 2126; et à ce sujet, art. 128, 157, 484, 509; v. aussi art. 217, 499, 513.

93 *bis*. I. L'hypothèque consentie par un incapable n'est pas entachée d'une nullité radicale; c'est un principe que l'incapacité engendre la nullité relative, qu'elle est essentiellement protectrice, que dès lors elle peut être invoquée par l'incapable seul ou par ses représentants, qu'elle peut être couverte par une confirmation ou par l'expiration de la prescription de dix ans. (Art. 1304.) Il n'y a pas de raison pour refuser d'appliquer ces principes à l'hypothèque, malgré le caractère solennel de la convention qui engendre ce droit réel, parce que les règles sur la capacité et les règles sur la forme des actes sont absolument distinctes.

93 *bis*. II. Les biens des absents, pendant la période d'envoi en possession provisoire, peuvent être hypothéqués avec la permission de justice. La nécessité pratique impose cette solution; il est impossible de refuser aux envoyés ce moyen de se procurer l'argent qui peut être indispensable à la bonne administration des affaires de l'absent. C'est d'ailleurs à cette hypothèse que la loi a dû songer quand elle a terminé son article par les mots : *ou en vertu de jugements,* qu'elle n'a pas pu écrire en vue de l'hypothèque judiciaire, puisqu'il s'agit, dans tout le chapitre, de l'hypothèque con-

ventionnelle, et puisque ces mots seuls, avec l'interprétation que nous leur donnons, justifient la mention des absents dans l'article, car en ce qui concerne ceux-ci, il n'y a pas de causes et de formes établies par la loi pour la constitution des hypothèques par la convention.

94. La forme extérieure à laquelle est assujettie la convention d'hypothèque, soit qu'elle accompagne ou non la constitution de la créance (v. art. 2129), consiste dans un acte authentique par-devant notaire. V. art. 2127; et remarquez qu'il ne suffirait pas d'un acte dressé en forme authentique par tout autre officier public.

94 *bis*. I. Dans l'ancien droit, la garantie hypothécaire était la conséquence nécessaire de tout acte notarié constatant une obligation. Le Code, bien que supprimant cette conséquence de l'emploi de la forme notariée, a peut-être été influencé par l'habitude ancienne, et c'est ainsi qu'il a décidé que l'hypothèque conventionnelle, si elle n'était plus tacitement constituée, devait au moins résulter d'une convention expresse insérée dans un acte notarié. On peut expliquer ainsi cette anomalie apparente d'une législation qui autorise la vente d'un immeuble ou la constitution d'une servitude constatée par un acte sous seing privé ou même par témoins, et qui invalide la convention d'hypothèque lorsqu'elle n'est pas constatée par un acte dressé par-devant notaire.

94 *bis*. II. Nous ne pensons pas cependant qu'il faille exclusivement attribuer à un respect exagéré des règles anciennes la disposition de l'article 2127. Elle peut s'expliquer par des raisons qui ne manquent pas de valeur. Le Code civil consacrait un système hypothécaire contraire à des habitudes séculaires, il s'inspirait d'une loi bien récente, la loi du 11 brumaire an VII, qui n'avait pas encore dû pénétrer dans l'esprit des populations. Il pouvait craindre que les conditions nouvelles auxquelles il assujettissait l'hypothèque conventionnelle fussent négligées, qu'on ne se rendît pas compte, en particulier, de la règle sur la spécialité et ses conséquences; les parties étaient dès lors exposées à des erreurs, à des nullités résultant de ces erreurs, s'il leur était loisible de faire des conventions privées, sans l'assistance d'un conseil autorisé, et obligé par la nécessité de sa profession à se tenir au courant de la législation en

vigueur. Contraindre les parties à faire une convention par-devant notaire, c'était les obliger à recourir à ce conseil, c'était les protéger contre leur propre ignorance et en même temps défendre la nouvelle législation contre les récriminations qu'elle aurait justifiées, si dans les premiers temps de son application elle avait donné lieu à trop de surprises et d'annulations.

Ceci n'est, il est vrai, qu'une raison d'un intérêt transitoire; mais nous ne trouvons pas ici un exemple unique de l'influence d'une considération temporaire et transitoire ayant déterminé le législateur à admettre une règle permanente et définitive. L'article 1390 s'inspire certainement d'une nécessité temporaire analogue à celle que nous invoquons à propos de l'article 2127.

Il faut en outre reconnaître que la législation, pour être déjà ancienne, n'en est pas moins ignorée d'un grand nombre de personnes; l'article 2127 les protégera toujours contre des erreurs souvent très préjudiciables.

94 *bis*. III. Il y a encore un autre point de vue. L'hypothèque doit être inscrite; il est bon, pour que les registres ne soient pas encombrés d'inscriptions prises sans droit, que les conservateurs n'inscrivent qu'en vertu de titres présentant des garanties de régularité et de sincérité, au moins quant aux signatures qui leur donnent la force. L'acte authentique offre sous ce rapport beaucoup plus de garanties que l'acte sous seing privé.

94 *bis*. IV. Les raisons qui justifient l'article 2127 démontrent, selon nous, que l'hypothèque ne pourrait pas résulter d'un acte sous seing privé qui serait déposé chez un notaire, alors même qu'un acte authentique constaterait ce dépôt. Si la disposition de l'article n'avait pour but que de garantir le titre constitutif de l'hypothèque contre toutes chances de perte, le dépôt d'un acte sous seing privé chez le notaire pourrait être équivalent à la rédaction d'une convention par-devant notaire; mais tel n'est pas le but de l'article 2127. Il veut que les parties soient conseillées au moment même où elles font leurs conventions; le conseil résulte forcément du rôle actif que remplit le notaire quand il est le *rédacteur* de l'acte. S'il ne fait que recevoir un dépôt, il joue un rôle passif : rien ne l'oblige à étudier l'acte dont il accepte le dépôt, rien ne prouve qu'il l'a lu et médité; sa responsabilité est donc bien moins engagée, et sa présence ne produit plus l'effet que la loi en attendait. Ces différences ont certainement été aperçues et appréciées par le lé-

gislateur, car le texte de l'article 2127 est des plus formels : l'hypothèque ne peut être *consentie* que par *acte passé* en forme authentique. L'acte authentique doit donc avoir été passé pour constater la convention même d'hypothèque ; or l'acte de dépôt ne constate pas la convention, mais la remise matérielle d'un écrit antérieurement passé pour constater une convention préexistante.

94 *bis*. V. Nous avons attribué encore une autre raison à la règle de l'article 2127. Il faut que le conservateur ne prenne l'inscription d'une hypothèque conventionnelle qu'en vertu d'un titre dont la sincérité n'est pas douteuse. Cette seconde raison de l'article nous conduit à une solution sur une autre question qui a été l'objet de contestations. Lorsque le constituant ne fait pas lui-même la convention d'hypothèque, mais qu'il se fait représenter par un mandataire, il faut que la procuration soit rédigée en la forme authentique. Certes, la loi ne s'est pas expliquée d'une façon précise sur ce point, mais elle exige que la volonté de constituer l'hypothèque soit manifestée par acte notarié, et cette volonté apparaît, au cas de constitution par procureur, non pas dans l'acte accompli par le mandataire, mais dans l'acte même qui contient le mandat, dans la procuration. S'il en était autrement, l'inscription prise en vertu d'un acte authentique aurait en réalité pour base un acte sous seing privé ; de sorte que le conservateur des hypothèques et le propriétaire de l'immeuble n'auraient pas les garanties que la loi a voulu leur donner contre des inscriptions prises en vertu d'actes dont les signatures ne seraient pas incontestables.

On peut ajouter à cet argument que la loi de 1843 sur les actes notariés, quand elle a exigé une certaine condition de forme pour certains actes, a eu soin de dire que la même condition de forme serait nécessaire pour les procurations tendant à autoriser ces actes, montrant ainsi que dans une législation prudemment conçue, la procuration donnée pour faire un acte doit être revêtue des formes qui sont imposées à l'acte lui-même (1).

95. Quant aux actes passés en pays étranger, on sent bien qu'ils ne peuvent pas plus que les jugements conférer hypothèque en France. Il n'y a pas même, comme pour les juge-

(1) C. Cass., 27 juin 1881. Sirey, 1883, 1. 218. *Pandectes françaises chron.*, t. VI, 1, 94. C. Cass., 23 décembre 1885. Sirey, 1886, 1, 145. *Pandectes françaises chron.*, t. VI, 1, 380.

ments, la ressource de les faire déclarer exécutoires. La règle ne cesse que devant les dispositions contraires des lois politiques ou des traités. V. art. 2128; et à ce sujet, art. 11.

95 *bis*. La comparaison entre les conditions de l'hypothèque judiciaire et celles de l'hypothèque conventionnelle n'explique pas l'article 2128. L'hypothèque judiciaire est le résultat de la décision de magistrats, les magistrats étrangers n'ont pas d'autorité en France, tandis que l'hypothèque conventionnelle résulte de la volonté des parties, et l'effet de cette volonté peut se produire sans que le principe de l'indépendance des nations soit le moins du monde compromis. Il faut donc chercher ailleurs la raison de la règle qui refuse aux conventions passées à l'étranger la force de constituer une hypothèque. Il y a là une grave dérogation à la règle *Locus regit actum*, dérogation dont on a peine à comprendre la raison quand on songe que l'aliénation d'un immeuble français peut être consentie par un acte passé à l'étranger, que la donation même, bien qu'elle soit, comme l'hypothèque, un acte solennel, peut être valablement faite à l'étranger dans la forme étrangère.

Cette disposition toutefois découle des mêmes causes qui ont produit l'article précédent. Elle peut être d'abord le résultat d'une réminiscence inconsciente des règles du droit ancien sur l'hypothèque générale attachée aux actes authentiques; cette hypothèque était la conséquence de la force exécutoire de ces actes, et les officiers publics étrangers ne pouvaient pas, alors plus qu'aujourd'hui, donner à leurs actes la force exécutoire en France. L'article s'inspire en outre, comme le précédent, d'idées plus pratiques. Si le législateur a considéré la présence du notaire rédacteur comme une garantie nécessaire du respect des règles auxquelles il soumettait l'hypothèque conventionnelle, il a dû comprendre que cette garantie n'existait plus quand l'officier public n'était pas Français, car cet officier n'est pas tenu de connaître la loi française ni de l'expliquer aux parties, et il ne saurait être rendu responsable de la nullité des conventions auxquelles il aurait donné l'authenticité.

96. La forme extérieure des actes est bien encore, comme dans l'ancien droit français, une condition essentielle à l'existence de l'hypothèque; mais elle ne la produit plus virtuellement; il faut à cet égard une convention expresse. Rien, dès

lors, ne s'opposant à ce que l'hypothèque se concentre sur ceux des biens du débiteur que le créancier jugera suffisants pour sa sûreté ; et, d'un autre côté, cette spécialité de l'hypothèque étant à la fois favorable au crédit du débiteur, propre à prévenir les contestations entre créanciers, et en harmonie parfaite avec le système de publicité adopté, le législateur l'a consacrée comme un des principes fondamentaux de la matière. Ainsi l'acte constitutif de l'hypothèque, soit que cette constitution se trouve dans le titre même de la créance ou dans un acte séparé, qui ordinairement sera postérieur, doit, à peine de nullité, désigner le bien ou les biens soumis à l'hypothèque, et pour cela déclarer leur nature et leur situation. Ces biens doivent naturellement appartenir actuellement au débiteur, ou pour mieux dire, à celui qui consent l'hypothèque ; car on ne peut hypothéquer spécialement un bien dont on n'est pas actuellement propriétaire. Il est évident, du reste, que le principe de spécialité ne s'oppose nullement à ce que tous les biens présents du débiteur soient soumis à l'hypothèque, pourvu qu'ils le soient nominativement. Au contraire, ce principe entraîne la prohibition générale d'hypothéquer les biens à venir. V. art. 2129.

96 *bis*. I. L'article 2129 consacre une des règles importantes de la législation sur les hypothèques conventionnelles. Ces hypothèques doivent essentiellement être *spéciales ;* leur caractère essentiel est la *spécialité.*

La spécialité consiste en ce que l'hypothèque doit être constituée sur un immeuble, ou sur plusieurs immeubles, particulièrement et distinctement désignés.

Elle entraîne comme conséquence que la créance garantie par l'hypothèque doit être pareillement déterminée et précisée dans l'acte de constitution. (Art. 2132.)

Cette règle sur la spécialité, que le Code civil emprunte à la loi de brumaire an VII, s'explique et se justifie par deux raisons. La première et la principale est la tendance du législateur à protéger le constituant contre des conventions vagues et générales dont il n'apercevrait pas bien les conséquences, engageant, par exemple,

tous ses biens sans se rendre un compte exact de l'état de sa fortune immobilière, plus souvent encore hypothéquant ses biens futurs, parce qu'il n'espère pas acquérir plus tard des immeubles. Ces conventions se feraient d'autant plus facilement qu'elles deviendraient de style, qu'elles se glisseraient dans les actes par habitude, acceptées sans réflexion par les parties, précisément parce qu'elles seraient usuelles, et l'on reviendrait ainsi à l'ancienne règle qui attachait l'hypothèque générale à tout engagement contracté par acte notarié.

Ce n'est pas seulement la partie qui est protégée par la règle sur la spécialité, c'est le crédit public, c'est la société dans ses intérêts économiques, car si l'on faisait revivre par des conventions l'ancienne hypothèque générale, la richesse immobilière du pays serait plus rapidement grevée, partant moins disponible et comme frappée d'une sorte d'inaliénabilité. La multiplicité des créanciers ayant droit sur les mêmes immeubles aurait en outre l'inconvénient de compliquer les procédures d'ordre, ce qui multiplierait les frais et nuirait aux créanciers eux-mêmes, retardant par les lenteurs de la procédure le moment où ils retrouvent la disposition de leurs fonds.

96 *bis*. II. Ces motifs sont assez sérieux pour expliquer la règle de la spécialité des hypothèques conventionnelles; il n'est donc pas besoin de les rattacher à une autre règle, celle de la *publicité*. Nous verrons, il est vrai, que la publicité des hypothèques conventionnelles est *spéciale,* en ce sens que l'inscription doit être prise particulièrement sur chaque bien hypothéqué; mais la spécialité de l'inscription et la spécialité de l'hypothèque ne doivent pas être confondues : il n'y a pas entre elles un lien nécessaire. On pourrait, dans l'intérêt d'une publicité bien entendue, exiger la spécialité de l'inscription alors même qu'on admettrait la généralité de la constitution. Le débiteur pourrait hypothéquer tous ses immeubles à titre universel, tandis que le créancier devrait prendre inscription sur chacun des immeubles distinctement : telle n'est pas la règle du Code civil; mais on comprend qu'il pourrait en être ainsi, dès lors on ne saurait trouver la raison de la spécialité de la constitution d'hypothèque dans les nécessités du principe de publicité.

96 *bis*. III. Les conséquences du principe de spécialité sont indiquées par l'article 2129.

1° L'immeuble ou les immeubles hypothéqués doivent être distinctement désignés par leur nature et leur situation. L'acte authentique de constitution d'hypothèque qui doit contenir cette désignation se confond souvent avec l'acte constitutif de la créance, quelquefois il est distinct, et alors le titre de la créance n'a pas besoin d'être authentique; quant au titre constituant l'hypothèque, la loi le suppose postérieur au titre de la créance; mais il n'y a pas de raison pour interdire une convention d'hypothèque en vue d'une dette non encore contractée, pourvu que la dette soit suffisamment désignée pour satisfaire à l'article 2132. C'est surtout quand l'hypothèque sera donnée par un tiers garantissant la dette d'autrui qu'elle sera constituée par un acte séparé, postérieur ou antérieur à la naissance de l'obligation.

2° Pourvu que la constitution d'hypothèque soit faite à titre particulier, elle peut valablement comprendre tous les biens du constituant; il suffit qu'ils soient tous nominativement soumis à l'hypothèque.

3° L'hypothèque des biens à venir est interdite. Elle présenterait, par le vague même de sa constitution, plus de dangers que l'hypothèque générale des biens présents.

C'est, du reste, l'hypothèque des biens à venir à titre universel qui est ici prohibée. La convention ayant pour objet un immeuble déterminé, hypothéqué sous la condition qu'il appartiendra plus tard au constituant, ne présente pas les mêmes dangers, et elle se confond avec la convention dont nous avons parlé plus haut, la constitution d'une hypothèque sur la chose d'autrui. (V. n° 92 *bis*. III et IV.)

97. Des principes ci-dessus il suit qu'on ne peut hypothéquer nominativement un bien sur lequel on n'a actuellement aucun droit (v. pourtant art. 212[illegible]. Quant à l'hypothèque des biens à venir *in abstracto*, elle est contraire au principe de la spécialité. Cependant la loi, en faveur des emprunteurs, que l'insuffisance de leurs biens présents pourrait priver de tout moyen de crédit, fait fléchir la rigueur du principe, en permettant de consentir que chacun des biens que le débiteur acquerra par la suite demeure affecté à l'hypothèque, au fur

et à mesure des acquisitions. Mais l'insuffisance des biens présents étant la seule cause et la condition de cette permission, elle doit être exprimée dans l'acte. V. art. 2130.

97 *bis*. I. L'article 2130 déroge à la règle sur la spécialité en permettant exceptionnellement l'hypothèque des biens à venir. Les biens présents étant insuffisants pour garantir le créancier, le débiteur peut, en exprimant dans l'acte cette insuffisance, hypothéquer ses biens à venir. C'est un abandon du principe dont le motif est de donner du crédit à celui dont les biens actuels sont un gage insuffisant, et qui s'explique par cette considération que les parties pourraient obtenir le même résultat en profitant des règles de la loi sur l'hypothèque judiciaire.

Il n'y a pas, d'ailleurs, à craindre les clauses de style, parce que les propriétaires n'accepteront pas bien volontiers une formule qui présente leur situation pécuniaire comme embarrassée. Enfin l'on a paré à certains des inconvénients de l'hypothèque qui affecte généralement les biens à venir, en déclarant que les biens seront affectés seulement au fur et à mesure des acquisitions et en exigeant une inscription spéciale sur chaque immeuble, tandis que les hypothèques véritablement générales sont conservées par des inscriptions qui ne frappent pas les biens en particulier. (Art. 2148-5°.)

97 *bis*. II. Cette hypothèque est subordonnée à une condition dont il faut se rendre compte, l'insuffisance des biens présents et libres du débiteur.

Constatons d'abord que la loi n'exige pas l'insuffisance des immeubles, mais l'insuffisance *des biens*, sans ajouter les mots : ***susceptibles d'hypothèque;*** d'où cette conséquence, qu'elle se préoccupe non pas de la solvabilité au point de vue hypothécaire, mais de la solvabilité en général, et que si le débiteur n'a pas d'immeubles, il peut hypothéquer ses immeubles à venir. Cette décision est loin cependant d'être admise pour tous ; on part de cette idée que la loi exige l'insuffisance des *immeubles,* et l'on objecte qu'il n'y a pas insuffisance quand il y a absence complète d'immeubles; puis on ajoute qu'il faut un contrat d'hypothèque principal, et que l'hypothèque des biens à venir ne peut être donnée qu'accessoirement et subsidiairement. Mais l'article n'exprime pas cette idée, il demande seulement que les biens soient insuffisants; or s'il est possible de supposer que le débiteur n'a pas d'immeubles et d'équi-

voquer alors sur l'insuffisance et le dénûment complet, il n'est pas possible de supposer une personne qui n'a pas de *biens;* n'eût-elle que les vêtements qui la couvrent, ces biens peuvent être insuffisants dans toute la rigueur du mot.

En dehors du texte, qui est muet, où trouver la justification de cette raison arbitraire qui veut que la convention sur les biens à venir se rattache nécessairement à une hypothèque principale constituée effectivement sur les biens existants? Le droit d'hypothèque ne peut-il théoriquement exister sur les biens à venir d'un débiteur qui n'a pas de biens présents? Le Code admet ce résultat quant aux hypothèques légales et quant aux hypothèques judiciaires; comment la nature des choses ou les principes du droit pourraient-ils répugner à une situation pareille au cas d'hypothèque conventionnelle? Du moment que la loi dérogeant à la règle particulière qui gouverne les hypothèques conventionnelles, la règle de la spécialité, permet l'hypothèque des biens à venir, elle ne saurait être considérée comme ayant trouvé antijuridique, pour cette hypothèque conventionnelle, ce qu'elle a établi elle-même pour celles qui sont de leur nature hypothèques générales.

L'objection théorique levée, le texte muet, on ne voit pas ce qui fait obstacle à la convention que nous examinons. L'article veut venir en aide à ceux qui ne peuvent pas offrir aux créanciers un gage sérieux, pourquoi n'aideraient-ils pas ceux qui n'ont aucun gage actuel à offrir? Si le créancier se contente de l'hypothèque sur les biens futurs, pourquoi être plus exigeant que lui? La frontière, d'ailleurs, est impossible à délimiter entre ceux qui n'ont pas d'immeubles et ceux qui ont des immeubles insuffisants. La loi serait satisfaite si le débiteur était propriétaire de quelques mètres de terrain, s'il avait une part indivise très minime, un centième ou un millième d'un bien de peu de valeur, si, ce qui sera moins rare, il a des biens importants grevés d'hypothèques bien au delà de leur valeur vénale probable. Faire une différence entre ces hypothèses et celle où le débiteur n'a aucun bien immobilier, c'est, au moins nous le pensons, attribuer au législateur une décision qui tient compte d'une apparence matérielle plus que du fond même des choses (1).

(1) V. cependant C. I. Nancy, 22 août 1867 (Sirey, 1868, 2, 109); C. Cass., 30 janvier 1872 (Sirey, 1873, 1, 404).

97 *bis*. III. Cette tendance à interpréter l'article 2130 en partant de cette idée que l'hypothèque des biens à venir ne peut se concevoir qu'autant qu'elle se rattache à une hypothèque de biens présents, ayant une assiette réelle sur un bien existant et appartenant au débiteur lors de la convention d'hypothèque, a conduit à une autre idée que nous ne saurions admettre, c'est que l'hypothèque sur les biens à venir n'est que subsidiaire, et qu'elle ne peut être exercée par le créancier, qu'après qu'il a vainement essayé d'obtenir son paiement sur les biens qui appartenaient au débiteur lors de la convention. L'arrêt de la cour de Nancy que nous venons de citer attribue expressément à l'hypothèque un caractère subsidiaire et en tire la conséquence que le créancier doit d'abord demander sa collocation sur les biens qui existaient lors du contrat. Il est impossible toutefois d'établir ce caractère subsidiaire de l'hypothèque sans partir d'une idée préconçue, car le texte de l'article 2130 ne contient pas une expression qui implique cette idée d'hypothèque subsidiaire; on y peut lire, il est vrai, que les biens à venir sont affectés au fur et à mesure des acquisitions, mais cela signifie uniquement que le rang assigné à l'hypothèque sur chacun des immeubles ne pourra pas être fixé par une date antérieure à l'acquisition; donc la date de l'hypothèque sur les biens présents sera probablement plus ancienne que la date de l'hypothèque sur les biens à venir; mais conclure de là que la seconde hypothèque est subsidiaire, c'est certainement tomber dans une confusion. Un créancier peut bien avoir hypothèque sur deux immeubles, être inscrit sur l'un des deux plus anciennement que sur l'autre, sans que pour cela l'une des hypothèques soit subsidiaire et l'autre principale, sans être forcé d'agir hypothécairement d'abord sur l'immeuble qui a été le premier frappé par l'inscription. Dans les conditions de l'article 2130, quand plusieurs immeubles se trouveront frappés de l'hypothèque, nous ne voyons pas qu'aucune disposition de la loi contraigne le créancier à la nécessité de se faire colloquer plutôt sur tel immeuble que sur tel autre, et le dépouille du droit, qui appartient à tout créancier ayant plusieurs hypothèques, de choisir l'immeuble sur lequel il veut exercer son droit.

97 *bis*. IV. L'hypothèque des biens à venir est autorisée dans l'intérêt des emprunteurs qui n'ont pas un actif suffisant, et cette insuffisance doit être exprimée dans le contrat; mais cet aveu de l'insuffisance est-il la seule condition exigée par la loi? Ne faut-il pas

que l'insuffisance soit réelle? en d'autres termes, la déclaration d'insuffisance peut-elle être contrôlée, contestée, et la constitution d'hypothèque pourrait-elle être annulée, quant aux biens à venir, si les biens présents et libres avaient été suffisants?

Nous pensons que la déclaration d'insuffisance est tout ce qu'exige la loi. Car elle montre que le créancier a demandé des garanties supplémentaires, et comme il n'était pas forcé de prêter, les biens présents étaient insuffisants, puisque le créancier ne s'en contentait pas.

La loi part bien de l'idée d'insuffisance des biens présents; mais quand elle arrive aux conditions de l'hypothèque frappant les biens à venir, elle n'en montre pas d'autre que l'expression de l'insuffisance par le débiteur; elle ne dit pas qu'il soit nécessaire de prouver cette insuffisance. S'il fallait en effet la prouver, les juges reviendraient sur la convention des parties, ils la reviseraient, ils admettraient véritablement une rescision pour cause de lésion. Et cette menace d'une revision de la convention rendrait inutile la disposition de l'article 2130. Jamais un capitaliste n'accepterait comme garantie les biens à venir, parce qu'il craindrait toujours que les tribunaux n'envisageassent pas comme lui la valeur des biens présents et leur suffisance, et ne déclarassent suffisant le gage qui lui paraîtrait trop faible pour garantir sa créance.

Il faut en outre remarquer que, si l'intention du Code avait été de constituer les tribunaux juges de l'insuffisance des biens présents, ils auraient indiqué une mesure, un chiffre à partir duquel commencerait l'insuffisance. C'est ainsi que dans l'article 2162, alors qu'il s'agit de restreindre une hypothèque générale qui frappe trop de biens, le Code ne laisse pas la question de chiffre à l'arbitraire des tribunaux, et donne une règle fixe servant à déterminer quelle valeur doit avoir un des immeubles affectés d'une hypothèque générale pour que les autres immeubles soient dégrevés par le tribunal.

97 *bis*. V. Nous avons toujours raisonné en vue de l'hypothèse où l'hypothèque des biens à venir est constituée par le débiteur lui-même. Nous ne croyons cependant pas que cette convention soit interdite à un tiers garantissant la dette d'autrui. Certes l'article 2130 ne parle que du débiteur dont les biens présents sont insuffisants: mais si l'on était lié par cette expression dans l'article 2130, il faudrait l'interpréter avec la même rigueur dans l'article

2129, qui suppose expressément le débiteur consentant une hypothèque sur un bien lui appartenant actuellement. Or, il n'est douteux pour personne qu'un propriétaire étranger à la dette puisse donner sur un de ses biens présents une hypothèque pour la dette d'autrui; partant, la rédaction de l'article 2130 étant semblable à celle de l'article 2129, on doit en conclure que dans les deux articles la loi a prévu le cas le plus ordinaire, l'hypothèque donnée par l'intéressé lui-même, sans prohiber, dans un cas plus que dans l'autre, la convention faite par un tiers dans l'intérêt du débiteur.

98. Par une autre dérogation au principe de la spécialité, la loi pourvoit aussi au cas où les biens présents assujettis à l'hypothèque deviendraient insuffisants par perte ou dégradation; elle autorise alors le créancier à poursuivre son remboursement, ou à obtenir un supplément d'hypothèque. V. art. 2131; et à ce sujet, art. 1188 et 2020.

98 *bis*. I. A côté de l'insuffisance constatée lors du contrat, la loi place l'insuffisance survenue postérieurement, et c'est ce rapprochement qu'elle exprime en commençant l'article 2131 par le mot *pareillement*. Il s'agit, en effet, dans cet article comme dans le précédent, d'une insuffisance des biens servant de gage au créancier.

L'article suppose la perte ou la détérioration de l'immeuble hypothéqué, survenue par une cause quelconque, par conséquent même par cas fortuit, et il permet au créancier de poursuivre son remboursement, à moins que le débiteur ne fournisse un supplément d'hypothèque. En somme, le débiteur court le risque de la chose hypothéquée, c'est une interprétation de la convention des parties. Le créancier exigeant une hypothèque n'a pas consenti à avoir confiance dans le débiteur, il a voulu une garantie réelle; dès qu'un événement le prive de cette garantie, il a le droit de demander son remboursement ou une autre garantie. Cette interprétation un peu dure de la volonté se retrouve dans l'article 2020 à propos du créancier qui a reçu une caution, lorsque cette caution devient ensuite insolvable.

98 *bis*. II. Le supplément d'hypothèque ne pourrait pas être fourni en une hypothèque sur les biens à venir. Le mot *pareillement* qui commence l'article et que nous avons expliqué ne saurait être interprété comme donnant au débiteur le droit de parer à l'insuffisance

du gage comme il le fait dans l'article 2130. Les situations sont absolument différentes. Dans un cas, le créancier reçoit volontairement comme complément d'hypothèque un droit sur les biens à venir; si la sûreté n'est pas bien sérieuse, il ne peut s'en prendre qu'à lui-même; mais dans l'autre hypothèse, la loi le contraint à recevoir un supplément d'hypothèque au lieu d'un remboursement immédiat; alors faut-il que ce supplément de garantie ne soit pas quelque chose de purement aléatoire et peut-être bien illusoire.

98 *bis*. III. Si l'immeuble hypothéqué a péri en tout ou en partie par le fait du débiteur, ce n'est plus l'article 2131, mais l'article 1188 qu'il faut appliquer. Le débiteur perd le bénéfice du terme, le créancier peut exiger le paiement immédiat et ne serait pas contraint à se contenter d'un supplément d'hypothèque, la loi ayant fait avec raison une position plus dure au débiteur qui a détruit le gage qu'à celui dont l'immeuble hypothéqué a été détruit par un cas fortuit.

99. La spécialité de l'hypothèque n'atteindrait qu'imparfaitement le but que le législateur s'est proposé, et la publicité, base principale de notre régime hypothécaire, serait illusoire, s'il était permis de consentir hypothèque pour des créances absolument incertaines ou indéterminées : le montant de la créance doit donc, à peine de nullité, être fixé par l'acte. Cependant l'incertitude d'une obligation conditionnelle, et l'indétermination actuelle d'une créance déterminable, ne sont point un obstacle à la convention d'hypothèque, sauf l'évaluation à faire dans l'inscription (art. 2148-4°). Cette évaluation sera faite par le créancier; mais le débiteur pourra en obtenir la réduction (art. 2163). V. art. 2132; et remarquez que toute créance conditionnelle pour son existence n'est pas, par là même, sujette à évaluation. Ce n'est jamais que l'indétermination de la somme qui peut rendre cette évaluation nécessaire.

99 *bis*. I. L'acte constitutif de l'hypothèque doit déterminer d'une manière précise la créance garantie par l'hypothèque, c'est-à-dire que la créance doit être dénommée distinctement comme l'immeuble hypothéqué doit être désigné distinctement, que la loi n'ad-

met pas une hypothèque attachée à un groupe de créances, quand l'acte ne préciserait pas quelles créances comprend ce groupe. Si l'on disait, par exemple, que l'hypothèque garantira toutes les dettes de Pierre envers Paul, ou toutes les dettes contractées par Paul envers Pierre pendant cette année. En un mot, de même que la constitution hypothécaire ne peut pas frapper les immeubles envisagés dans leur universalité ou dans une quote-part de leur universalité, de même cette constitution ne saurait, quant aux créances garanties, revêtir les apparences d'une constitution universelle ou à titre universel.

C'est dans ce sens que l'article 2132 parle d'une créance certaine et déterminée par l'acte ; il n'entend pas par là une créance qui aurait pour objet un corps certain ou même une somme certaine et dont le chiffre serait dès à présent fixé. Il n'exige pas non plus que la créance soit pure et simple ; la suite de l'article démontre que la loi permet la constitution d'une hypothèque garantissant une créance conditionnelle, et qu'elle autorise aussi l'hypothèque garantissant une créance dont le montant exact n'apparaît pas encore au moment de la convention et sera seulement déterminable plus tard, ainsi que le dit l'article 1129.

99 *bis.* II. Quand on comprend bien la portée de la règle posée par l'article 2132, on voit qu'elle dérive des idées qui ont fait introduire dans la législation le principe de la spécialité des hypothèques ; la loi veut la spécialité de l'immeuble sur lequel l'hypothèque est assise, et la spécialité de la créance ou des créances pour lesquelles l'hypothèque est constituée. L'une et l'autre exigence ont leur raison d'être dans la crainte des conventions consenties trop légèrement par les débiteurs, qui n'en mesureraient pas bien la portée en présence de clauses vagues et par cela même extraordinairement compréhensives. Le débiteur ne se rendrait pas un compte exact de la charge hypothécaire qu'il crée, s'il affectait un bien à un nombre indéterminé de créances qui ne seraient pas énumérées avec précision.

Nous devons faire observer, pour être complet, que la spécialité de la constitution, au point de vue des créances, rendra plus complète l'inscription des hypothèques, et que par conséquent l'article 2132 comme l'article 2129 a une importance au point de vue du système de publicité.

99 *bis.* III. La seconde partie de l'article se rattache bien plus

étroitement que la première aux règles sur la publicité; elle réglemente l'inscription de certaines créances hypothécaires. Il s'agit des créances dont le montant n'est pas déterminé d'une façon précise lors de la constitution d'hypothèque, soit qu'il s'agisse d'une obligation de faire ou de ne pas faire, ou d'une obligation de donner un objet qui n'est pas de l'argent, ou enfin d'une obligation de donner une quantité dont le chiffre est incertain et dépend d'événements ultérieurs. Dans ces divers cas, il n'est pas nécessaire, au point de vue de la spécialité, que la convention contienne une évaluation de créance, le débiteur n'est pas dans la situation vague et indécise contre laquelle la règle de la spécialité le protège; il doit avoir une connaissance suffisante des circonstances dans lesquelles il contracte pour se rendre compte de la charge hypothécaire qu'il consent, et puisque la loi lui permet de contracter l'obligation de faire ou de ne pas faire, ou même l'obligation de donner une chose dont la quotité ou la quantité sont seulement déterminables, il n'y a pas d'inconvénient à ce qu'elle protège cette créance par une hypothèque. C'est par rapport à la publicité que l'obligation incertaine dans son chiffre est pleine de danger. Quand une inscription aura été prise, comment les tiers pourront-ils deviner si l'hypothèque qui les primera garantit une somme de 10,000 francs ou de 100,000 francs? Dès lors, plus de crédit hypothécaire possible; une inscription prise sans limitation de somme priverait le propriétaire de la faculté d'hypothéquer à l'avenir son immeuble. Voilà la raison de l'article 2132 *in fine*. L'inscription ne peut pas annoncer une créance dont le chiffre est incertain; il faut que ceux qui prendront des inscriptions postérieures sachent par quelle somme ils seront primés; pour arriver à ce résultat, la loi impose au créancier l'obligation d'évaluer sa créance en argent. Dans son inscription, il est maître de son évaluation et la fait comme il l'entend; mais si elle paraît exagérée, le débiteur dont elle diminue le crédit peut demander aux tribunaux la réduction du chiffre indiqué dans l'inscription.

99 *bis*. IV. L'article a englobé dans la même formule les créances conditionnelles et les créances indéterminées; il ne faut pas toutefois exagérer la règle. Il y a des créances conditionnelles qui, à raison de la nature de l'événement auquel elles sont subordonnées, sont indéterminées quant à leur objet. *Exemples :* Une rente viagère, la créance d'un assuré avant l'arrivée du sinistre prévu par

l'assurance. Dans le premier cas, le chiffre des sommes dues sera d'autant plus considérable que la vie du rentier sera plus longue; dans le second cas, le droit de l'assuré dépend d'un événement incertain, la perte de la chose; mais la nature de cet événement fait qu'il est impossible de déterminer d'avance le montant de la dette, car ce chiffre est susceptible de plus ou de moins, il dépend de l'importance du dommage éprouvé par l'assuré.

Voilà des créances conditionnelles pour lesquelles il est nécessaire de faire une estimation dans l'inscription; c'est évidemment à ces créances que le Code a songé quand il a rapproché les créances conditionnelles des créances indéterminées; mais il faut remarquer que la nécessité de l'évaluation provient du caractère indéterminé et non pas du caractère conditionnel.

Si l'on suppose, au contraire, la créance d'une somme certaine promise sous condition, le débiteur a promis 10,000 francs si tel événement arrive, on ne voit plus la nécessité de l'évaluation, on en voit même le danger. En pareil cas, la dette n'est pas susceptible de plus ou de moins, elle existera pour 10,000 francs ou elle n'existera pas; il faut donc que l'hypothèque conserve le droit de préférence pour la somme tout entière, puisque la loi permet de garantir par une hypothèque une dette conditionnelle. Que si, pour respecter le texte de la loi, on peut croire que le créancier sera contraint de faire une évaluation dans son inscription, il faut lui conseiller d'évaluer la créance à sa valeur nominale, 10,000 francs, et reconnaître que les tribunaux ne devraient pas réduire cette évaluation, puisqu'il n'y a pas de chance que la dette existe pour une somme inférieure.

100. Il est clair que la spécialité de l'hypothèque n'empêche pas le créancier de profiter des améliorations survenues au bien hypothéqué. V. art. 2133.

100 *bis*. I. Les améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué sont, d'abord, les augmentations naturelles en étendue, comme les alluvions, puis les changements résultant de travaux, comme les constructions, sauf à respecter dans ce cas le privilège des constructeurs (art. 2103) et quelquefois le privilège d'un créancier qui aurait vendu un meuble destiné à l'exploitation de l'immeuble et devenu partie de l'immeuble par une sorte d'incorporation (1).

(1) V. *supra*, n° 82 *bis*, VI.

Les acquisitions de terrains contigus ne peuvent pas être considérées comme de simples améliorations; ces terrains sont d'autres unités au point de vue hypothécaire, ils conservent leur individualité, même en changeant de propriétaire. S'ils sont déjà hypothéqués, ils ne passent dans un nouveau patrimoine qu'avec leur affectation hypothécaire, et leur adjonction à un nouvel immeuble ne doit pas porter atteinte aux droits des créanciers auxquels ils ont été hypothéqués. Bien plus, quand même les terrains annexés ne seraient pas, lors de l'annexion, déjà grevés d'hypothèques, ils ne seraient pas pour cela frappés par l'hypothèque préexistante sur l'immeuble auquel ils ont été annexés; puisque nous reconnaissons que ce sont des immeubles distincts, il est nécessaire qu'ils soient hypothéqués individuellement, et l'on ne peut pas ici, comme dans le cas d'un legs, s'appuyer sur la volonté présumée du propriétaire qui augmente un enclos, pour attribuer à cette volonté la force de soumettre le terrain annexé aux droits existant sur l'enclos primitif, parce qu'en matière de legs la volonté est souveraine, et qu'en matière d'hypothèque, un immeuble ne peut être grevé qu'en vertu d'un acte exprès de constitution. (V. art. 1019.)

100 *bis*. II. Il ne faudrait pas considérer l'immeuble comme amélioré ou, pour mieux dire, *transformé*, quand, dans le patrimoine du débiteur, se trouvera une créance d'indemnité contre une compagnie d'assurance. L'hypothèse est celle-ci : le détenteur de l'immeuble hypothéqué l'avait assuré contre l'incendie, et l'immeuble a été détruit par le feu. La somme due par l'assureur n'est pas l'immeuble, elle n'en est pas non plus la représentation, elle ne peut donc pas être affectée aux droits des créanciers hypothécaires. Vainement essayerait-on d'assimiler la créance d'indemnité à la créance d'un prix de vente, pour transporter l'hypothèque sur l'indemnité comme on la transporte sur un prix de vente. L'assimilation est loin d'être exacte, parce que le prix de vente est produit par l'immeuble, il est le résultat d'un échange de valeurs; le vendeur a échangé sa propriété contre le prix; mais l'indemnité due par l'assureur ne provient pas de l'immeuble assuré, elle est née d'un contrat à part qui s'est formé, on peut le dire, à côté de l'immeuble, sans avoir pour objet l'immeuble qui n'était pas promis par une partie et acquis par l'autre. Ce contrat d'assurance est un accident, le propriétaire pouvait le faire ou ne pas le faire; donc ce n'est pas l'immeuble incendié qui par lui-même a produit le droit

à l'indemnité; si l'assurance n'avait pas eu lieu, l'incendie n'aurait pas engendré l'indemnité. Le droit à l'indemnité a été acquis par le paiement de primes qui ont été fournies, non pas par la valeur même de l'immeuble, mais par d'autres valeurs, de l'argent ou des meubles, qui n'étaient pas affectés au droit des créanciers hypothécaires. Le Code ne s'est pas occupé de cette question, parce que l'assurance des immeubles était peu pratiquée en France en 1804; mais son silence ne nous paraît pas regrettable; car, tant que l'assurance ne sera pas obligatoire pour tous les propriétaires, tant que le paiement des primes ne sera pas devenu un impôt grevant toutes les propriétés bâties, les observations que nous venons de présenter imposeraient, ce nous semble, au législateur lui-même la solution que nous avons adoptée.

100 *bis*. III. APPENDICE. *Du concours entre une hypothèque générale et des hypothèques spéciales.*

Après avoir examiné dans les sections I et II les hypothèques générales et dans la section III les hypothèques spéciales, il nous reste à traiter une question qui naît de l'antagonisme entre les hypothèques générales et les hypothèques spéciales. Le même immeuble peut être grevé de plusieurs hypothèques, l'une générale et les autres spéciales. Si les hypothèques spéciales sont préférables d'après l'ancienneté de leurs inscriptions, rien de plus simple; elles s'exercent les premières, et le créancier qui a une hypothèque générale est colloqué, par rapport à chaque immeuble, sur ce qui reste.

Mais si l'hypothèque générale est préférable, soit à raison de sa date d'inscription, soit à raison du rang que lui assigne l'article 2135, il s'agit de savoir sur quel immeuble il faut la faire porter, en supposant, bien entendu, qu'elle n'absorbe pas la valeur de tous les immeubles. Dans ce cas, il n'est pas indifférent de la colloquer plutôt sur tel immeuble que sur tel autre, car la collocation de l'hypothèque générale sur un des immeubles est préjudiciable aux créanciers qui ont hypothèque sur cet immeuble et favorable à ceux qui ont hypothèque sur les autres. *Exemple :* Pierre a une hypothèque générale pour 50,000 francs sur une maison et une ferme; elle prime Paul, hypothécaire sur la ferme, et Jean, hypothécaire sur la maison. Si chacun des immeubles vaut 50,000 francs, en colloquant Pierre sur la maison, vous avantagez Paul qui a hypothèque sur la ferme, puisque cette ferme est dégrevée, ce qui fait

que Paul est seul créancier; en colloquant Pierre sur la ferme, vous avantagez Jean, dont l'hypothèque frappe la maison, puisqu'il n'est plus précédé par aucun créancier.

100 *bis*. IV. Il y a une hypothèse où la difficulté se résout facilement : c'est quand tous les immeubles ont été vendus ensemble, et quand il est ouvert un ordre unique sur les prix de ces différents immeubles.

Alors le créancier dont l'hypothèque est générale n'a pas ordinairement plus d'intérêt à être colloqué sur un bien que sur un autre, et par conséquent il est naturel de répartir la charge de son hypothèque sur tous les immeubles, proportionnellement à leur valeur; chacun de ces immeubles contribuera au marc le franc à l'acquittement de la charge commune, et le créancier obtiendra son paiement intégral par la réunion des différents mandats de collocation délivrés en même temps, en conséquence du même ordre, et ne pourra pas refuser le fractionnement d'où ne résultera pas un paiement partiel, auquel il aurait droit de résister.

100 *bis*. V. La répartition de la charge de l'hypothèque générale sur tous les immeubles grevés de diverses hypothèques spéciales doit se faire sans tenir compte de la date des inscriptions grevant spécialement les immeubles. On a soutenu cependant que, dans le cas qui nous occupe, la collocation de l'hypothèque générale devait être organisée de telle sorte que les créanciers postérieurs en rang à l'hypothèque générale fussent traités, les uns par rapport aux autres, d'après l'ordre de leurs inscriptions, c'est-à-dire que les plus anciens arrivassent à être payés par préférence aux plus récents. *Exemple :* trois immeubles valant chacun 50,000 francs hypothéqués spécialement, le premier à *Primus* pour 50,000 francs; le second pour la même somme à *Secundus;* le troisième à *Tertius* pour même somme; un créancier de 50,000 francs ayant hypothèque générale préférable aux trois créanciers spéciaux, et ceux-ci étant inscrits, *Primus* en 1875; *Secundus* en 1876; *Tertius* en 1877; nous avons fait porter la collocation du créancier général sur les trois immeubles, chacun supportant un tiers de la dette. On a dit au contraire que la collocation devait porter tout entière sur l'immeuble qui n'a été frappé d'inscription que le dernier, c'est le troisième immeuble, hypothéqué à *Tertius;* il supporterait seul le fardeau de l'hypothèque générale; *Tertius* ne toucherait rien, mais *Primus* et *Secundus*, dont les inscriptions sont plus anciennes que la

sienne, seraient intégralement payés. C'est, dit-on, l'application de la règle *prior tempore potior jure.*

Nous considérons ce mode de collocation comme fondé sur une fausse application de la règle invoquée. Elle n'existe, en effet, elle n'a sa raison d'être qu'entre créanciers ayant hypothèque sur le même immeuble. On la fausse quand on la fait fonctionner entre créanciers qui ont hypothèque, l'un sur l'immeuble n° 1, l'autre sur l'immeuble n° 2, le dernier sur l'immeuble n° 3. Certainement *Tertius,* créancier inscrit sur le n° 3, est, sur cet immeuble, préféré à *Primus,* créancier du même débiteur, inscrit sur le n° 1. Quand la difficulté s'élève entre eux deux seulement, elle ne peut donner lieu à aucune hésitation ; *Primus*, quant à l'immeuble n° 3, n'est qu'un créancier chirographaire, il est forcément primé par *Tertius,* quelle que soit la date de l'hypothèque de celui-ci. La règle *prior tempore* n'a pas d'application entre eux. Ceci étant, comment penser que la présence d'un créancier à hypothèque générale puisse changer les rapports et les droits respectifs de ces deux créanciers et soumettre ces rapports à la règle *prior tempore?*

Le système du Code civil sur la publicité des hypothèques ne saurait que confirmer notre manière de voir sur l'étendue et l'application de la règle *prior tempore potior jure.* Cette règle, si dangereuse dans une législation qui n'exige pas la publicité des hypothèques, se justifie parfaitement quand elle s'appuie sur la date des inscriptions, puisque chaque créancier hypothecaire a dû savoir quand il acceptait une hypothèque si elle était primée par d'autres. Mais dans l'espèce que nous examinons, quand les hypothèques frappent des immeubles différents, il n'est pas possible que le créancier inscrit sur l'immeuble n° 3 ait connu les inscriptions prises sur le n° 1, et dès lors il serait injuste qu'il fût, à un moment quelconque, primé par *Primus* à raison de l'antériorité de l'inscription prise par ce créancier.

La question entre les différents créanciers spéciaux n'est donc pas une question de rang hypothécaire ; il existe une charge qui pèse sur tous les immeubles, il est équitable qu'elle se répartisse entre tous, comme si les immeubles subissaient une diminution proportionnelle de leur valeur (1).

100 *bis*. VI. Nous avons supposé que le créancier qui a une

(1) C. Cass., 26 décembre 1853. Sirey, 1854, 1, 86.

hypothèque générale n'a pas d'intérêt à faire porter sa collocation plutôt sur tel immeuble que sur tel autre, et c'est pourquoi nous répartissons la charge de son hypothèque sur tous les immeubles. Il pourrait, au contraire, avoir intérêt à éviter cette répartition proportionnelle. Il peut être, en même temps que créancier à hypothèque générale, créancier d'une somme garantie par une hypothèque spéciale sur l'un des immeubles; il aurait dans ce cas le droit de demander sa collocation pour l'hypothèque générale sur un des immeubles plutôt que sur l'autre, afin de ne pas absorber par son hypothèque générale des fonds nécessaires à l'exercice utile de son hypothèque spéciale. *Exemple : Primus* a une hypothèque judiciaire pour une somme de 20,000 francs qui frappe deux immeubles valant chacun 20,000 francs; ces deux immeubles sont ensuite affectés hypothécairement, le premier à une hypothèque spéciale de 20,000 francs au profit de *Secundus*, et le second à une hypothèque spéciale pour une seconde créance de 20,000 francs au profit de *Primus* lui-même. Si l'on répartissait, comme nous venons de le faire, la charge de l'hypothèque générale de *Primus* sur les deux immeubles, *Primus* prendrait 10,000 francs sur chacun des deux immeubles, il resterait alors sur le premier 10,000 francs qui reviendraient à *Secundus* et sur le second immeuble 10,000 francs qui reviendraient à *Primus*.

Mais l'hypothèque étant indivisible, *Primus*, créancier ayant hypothèque générale pour 20,000 francs, peut exercer son droit sur celui des immeubles qu'il veut choisir, et ici son choix ne sera pas douteux; il demandera à être colloqué sur l'immeuble qui n'est pas grevé par sa propre hypothèque spéciale. Désintéressé par cette collocation qui rendra inutile l'hypothèque de *Secundus*, il pourra utilement demander sa collocation totale sur les 20,000 francs prix du second immeuble. C'est son droit strict d'exercer l'hypothèque pour le tout sur un des immeubles, et la répartition proportionnelle que nous faisions dans l'hypothèse précédemment examinée, n'était possible qu'à raison de ce que le créancier hypothécaire général n'avait pas d'intérêt à se prévaloir de son droit (1).

100 *bis*. VII. Après l'hypothèse où il est ouvert un ordre unique pour la distribution des prix de tous les immeubles grevés à la fois d'une hypothèque générale antérieure et d'hypothèques spéciales

(1) V. C. I. Bourges, 30 avril 1853 et 18 janvier 1854. Sirey, 1854, 2, 97.

postérieures, il faut examiner le cas où il est ouvert un ordre sur un des immeubles seulement, ou des ordres différents sur les divers immeubles.

Ici il y a un point qui est d'abord très clair en partant des idées que nous avons déjà exposées. Le créancier dont l'hypothèque est générale peut demander sa collocation intégrale dans l'ordre unique ouvert sur le prix d'un seul immeuble, ou dans l'ordre ouvert sur l'immeuble qu'il veut choisir. C'est l'application pure et simple du principe de l'indivisibilité de l'hypothèque. Le créancier souffrirait s'il était contraint de subir la division de ses collocations, puisqu'il ne recevrait que des paiements partiels, effectués peut-être à des intervalles assez longs, suivant les hasards des procédures, et l'indivisibilité de son droit réel a précisément pour avantage de le protéger contre le fractionnement possible des paiements.

Il est vrai que le créancier dont le droit est garanti par l'hypothèque générale pourra volontairement ou sans intention avantager, par la manière dont il dirigera sa demande en collocation, tel ou tel des créanciers à hypothèque spéciale auxquels il etait préféré; mais ceci est la conséquence nécessaire de l'exercice de son droit, et, si son droit existe, il n'est pas possible d'en contester l'exercice pour éviter ses conséquences naturelles.

100 *bis*. VIII. On doit, au reste, reconnaître que chacun des créanciers ayant hypothèque spéciale sur les divers immeubles aura le droit de payer le créancier à hypothèque générale, pour être subrogé légalement dans cette hypothèque, aux termes de l'article 1251 1°, et pour être le maître ensuite de diriger à son gré la collocation de l'hypothèque générale devenue sienne.

Ce droit, cependant, ne pourra passer au subrogé qu'autant qu'il appartiendra au subrogeant, c'est-à-dire qu'autant que la collocation du créancier primitif ne sera pas un fait accompli.

100 *bis*. IX. Il pourra résulter de cette application de l'article 1251 1° que s'il existe plusieurs immeubles grevés de l'hypothèque générale, plusieurs paiements avec subrogation pourront être faits; le premier qui aura usé du droit conféré par l'article 1251 pouvant être lui-même payé avec subrogation par un créancier inscrit sur un autre immeuble, celui-ci payé également par un autre, jusqu'à ce qu'on arrive à demander une collocation sur le dernier des immeubles. Alors le créancier inscrit spécialement sur cet immeuble n'aura pas droit à la subrogation, parce qu'il ne

pourrait être subrogé que contre les subrogeants successifs, ce qui serait contraire à la règle *nemo censetur subrogasse contra se*.

Ce dernier créancier supportera donc les conséquences de la collocation de la créance garantie par l'hypothèque générale, et c'est là un résultat un peu dur, qu'on est tenté d'éviter en créant des recours de ce créancier contre les autres qui avaient des hypothèques sur les autres immeubles. Mais on ne trouve pas dans la loi une base solide à ces recours, et, dès lors, il serait dangereux de les admettre. Si l'on ne se contente pas, en effet, de pures considérations d'équité pour établir ces recours, on est obligé d'alléguer que ces créanciers ayant eu un droit égal à la subrogation, le bénéfice de cette subrogation doit être réparti proportionellement entre tous. Or, nous ne trouvons pas cette idée exprimée dans le Code à propos de la subrogation, et nous voyons bien souvent, par exemple, en matière d'hypothèque, qu'un droit qui pouvait être exercé par deux personnes appartient par préférence à celle qui l'a exercé la première. Que deux créanciers reçoivent le même jour hypothèque sur le même immeuble, qu'ils s'inscrivent à deux jours différents, n'est-ce pas le premier inscrit qui sera préféré?

100 *bis*. X. On pourrait, il est vrai, assimiler les différents créanciers hypothécaires à des débiteurs solidaires, celui d'entre ceux-ci qui a payé la dette est subrogé contre les autres; mais cette subrogation ne lui permet pas de demander la totalité de la dette à chacun de ses codébiteurs, il se fait entre eux une répartition. Ici la loi a parlé (art. 1214), et elle a une raison spéciale qui n'expliquerait pas la même solution par rapport aux créanciers ayant hypothèque sur différents immeubles. Les débiteurs solidaires sont comme associés entre eux, et les créances hypothécaires dont nous réglons la situation n'ont fait entre eux aucune convention d'où l'on puisse induire une société.

100 *bis*. XI. Peut-être ces créanciers hypothécaires se rapprocheraient-ils des cofidéjusseurs, entre lesquels l'article 2033 admet de plein droit une répartition de la dette commune acquittée par l'un d'eux. Ils s'en rapprochent à une assez longue distance, et il faudrait une analogie plus sérieuse pour autoriser l'application d'un article du cautionnement à l'hypothèse qui nous occupe. Les cofidéjusseurs sont des débiteurs garantissant la même dette, et nous raisonnons sur des créanciers qui n'ont pas ce lien commun de se rattacher à la même dette; ils sont créanciers de dettes

diverses ayant hypothèque sur des immeubles différents ; ils ne sont mis en contact qu'indirectement, parce qu'il existe sur les divers immeubles qui leur sont hypothéqués spécialement une hypothèque générale, leur nuisant à tous et les menaçant d'une préférence dangereuse. Donc, les situations ne sont pas analogues, et l'interprète de la loi n'a pas le droit d'appliquer l'article 2033 aux créanciers dont on voudrait faire comme des garants de la dette d'autrui, tandis qu'ils sont simplement des personnes non obligées et dont le droit de créance risque de ne pas leur procurer un paiement effectif et intégral.

SECTION IV

Du rang que les hypothèques ont entre elles.

101. Un principe qui remonte à l'origine même de l'hypothèque règle son rang par son ancienneté. Mais l'effet de ce droit étant aujourd'hui subordonné à la publicité qu'il doit recevoir par une inscription régulière sur les registres du conservateur, ce n'est plus l'ancienneté de la constitution qui fixe le rang ; la préférence est due à l'hypothèque qui, la première, a reçu la publicité légale. Ainsi, en cas de concours entre plusieurs créanciers (même à l'égard des simples chirographaires), l'hypothèque n'a de rang (ni par conséquent de titre à la préférence) que du jour de l'inscription ; cette règle est générale et comprend les trois espèces d'hypothèques. Toutefois, la loi elle-même admet des exceptions en faveur seulement de deux hypothèques légales. V. art. 2134.

101 *bis*. I. Il s'agit dans la section IV des conditions d'existence du droit de préférence qui appartient aux créanciers hypothécaires, ou, pour parler comme l'article, du rang qui doit leur être assigné. Le rang de l'hypothèque détermine la place que le créancier occupera dans l'ordre, c'est-à-dire dans la procédure de distribution des fonds provenant du prix de l'immeuble hypothéqué.

Le rang dépend de l'inscription, c'est le fondement de la théorie du Code civil sur la publicité des hypothèques. Il est nécessaire que les tiers auxquels l'hypothèque pourra préjudicier ne soient

pas surpris par l'existence de ce droit; c'est une condition vitale du crédit. Le propriétaire d'un immeuble ne trouverait pas dans sa propriété une cause de confiance, si ceux qui traitent avec lui en considération de la garantie que leur offre cette propriété, n'avaient pas le moyen de savoir que cet immeuble est déjà affecté par préférence à un créancier hypothécaire.

101 *bis*. II. La nécessité de la publicité des hypothèques apparaît non-seulement par rapport aux créanciers hypothécaires, les derniers ayant intérêt à connaître l'existence des plus anciens, et par rapport aux acquéreurs de la propriété ou de droits réels sur l'immeuble, menacés par le droit de suite qui appartient aux créanciers hypothécaires; elle apparaît encore par rapport aux créanciers chirographaires. Ceux-ci ont comme les autres un grand intérêt à connaître les créanciers qui leur sont préférés, car le gage sur lequel ils ont dû compter, d'après l'article 2093, est singulièrement amoindri par le fait que certains créanciers doivent être payés avant les autres.

L'inscription est donc une condition de la collocation du créancier hypothécaire avant les créanciers chirographaires. L'article 2134 ne fait pas sur ce point de distinction; il dit que l'hypothèque n'a de rang *entre les créanciers* que du jour de l'inscription. L'article suivant qui établit une exception en faveur de certaines hypothèques légales, écrit qu'elles existent indépendamment de l'inscription, ce qui fait bien comprendre qu'en dehors de cette exception, c'est l'existence même de l'hypothèque qui dépend de l'inscription. Enfin l'article 2113, s'expliquant à propos d'un privilège qui dégénère en hypothèque, déclare que cette hypothèque ne date, à l'égard des *tiers*, que de l'époque des inscriptions, montrant par la généralité du mot *tiers* que l'inscription ne joue pas seulement un rôle dans le conflit entre créanciers hypothécaires.

Le texte de ces divers articles et les considérations tirées des motifs mêmes du système de publicité des hypothèques prouvent qu'il ne faut pas chercher dans la rubrique de la section IV la règle sur l'effet de l'inscription au point de vue du droit de préférence. Cette rubrique n'est pas assez large, puisqu'elle semble annoncer que les articles suivants régissent seulement le conflit entre créanciers hypothécaires; ces articles sont plus complets que l'intitulé de la section, et ces articles doivent l'emporter parce qu'ils sont la véritable formule de la pensée du législateur; ils

sont la loi elle-même, les rubriques n'en sont que l'encadrement.

101 *bis.* III. Le rang dépend de l'inscription ; entre deux créanciers hypothécaires, le plus anciennement inscrit est colloqué dans l'ordre avant celui dont l'inscription est plus récente.

Une difficulté s'est élevée cependant, quant à l'application de cette règle, dans le cas où le conflit est engagé entre créanciers ayant hypothèques sur les biens à venir, à propos de leur rang sur un bien acquis par le débiteur postérieurement aux deux inscriptions. Voici l'espèce qui donne naissance à la difficulté. *Primus* a obtenu contre un débiteur un jugement en vertu duquel il a pris inscription dans un bureau d'hypothèques le 1er avril. *Secundus* a obtenu contre le même débiteur un jugement en vertu duquel il a pris inscription au même bureau le 1er mai. Le débiteur acquiert au mois de juin un immeuble situé dans l'arrondissement du bureau où sont prises les deux inscriptions. Comment doivent être colloquées sur cet immeuble les deux hypothèques de *Primus* et de *Secundus?*

Ce qui permet d'hésiter sur l'application pure et simple du principe de l'article 2134, c'est que le droit de préférence, qui est une partie intégrante du droit d'hypothèque, ne saurait théoriquement exister sans porter sur un immeuble ; que par conséquent, *Primus* n'a pas pu, par son inscription prise en avril, acquérir ce droit de préférence sur un bien qui n'était pas dans le patrimoine du débiteur; *Secundus* n'a pas non plus acquis l'hypothèque et le droit de préférence au mois de mai; c'est seulement en juin, lorsque l'immeuble est entré dans le patrimoine du débiteur, qu'il a pu être atteint par les deux hypothèques et par les deux inscriptions prises toutes deux par mesure de précaution, et en vue des éventualités de l'avenir. Atteint le même jour par les deux droits des deux créanciers, l'immeuble doit être affecté concurremment au paiement de leurs deux créances. L'article 2134 n'y fait point obstacle, car s'il fait dépendre le classement de la date des inscriptions, il entend certainement qu'il s'agit d'inscriptions prises sur les biens du débiteur.

Malgré ces raisons de douter, cette opinion est repoussée par la jurisprudence, qui d'abord s'appuie sur le texte de l'article 2134; on fait remarquer que la loi, en établissant des hypothèques sur les biens à venir, a voulu donner à certains créanciers une garantie, et que cette garantie ne serait pas sérieuse si elle pouvait être

diminuée par la naissance d'hypothèques au profit d'autres créanciers. Quant à l'objection théorique, elle n'est pas décisive; car, du moment que le législateur admet qu'une hypothèque des biens à venir peut exister, il peut aussi bien dans sa toute-puissance admettre qu'elle existe avec son rang. Ce qui présente des difficultés au point de vue de la théorie, c'est la naissance d'une hypothèque du chef d'une personne par rapport à des biens qui ne lui appartiennent pas. Ce point concédé, il n'est pas plus contraire à la nature des choses que cette hypothèque subsiste avec un droit de priorité sur celles qui naîtront plus tard.

Les rédacteurs du Code, en s'exprimant d'une façon générale dans l'article 2134, sans faire exception à leur règle en ce qui concerne l'hypothèque des biens à venir, peuvent être considérés comme ayant manifesté leur pensée, parce que la doctrine qui ne fait pas de différence sur ce point entre l'hypothèque des biens à venir et celle des biens présents était, au témoignage de Pothier, admise comme règle par la pratique ancienne (1).

101 *bis*. IV. La difficulté que nous venons d'examiner, et que nous avons exposée en supposant dans notre exemple deux hypothèques judiciaires, pourrait s'élever à propos de toutes les hypothèques générales, puisque toutes ces hypothèques embrassent les biens à venir. Seulement, si les deux hypothèques ou l'une des deux hypothèques mises en présence étaient du nombre de celles qui ont un rang indépendant de l'inscription, il ne faudrait pas donner la préférence d'après la date des inscriptions, il faudrait, pour l'hypothèque ou les deux hypothèques dispensées d'inscriptions, tenir compte uniquement du rang que leur assigne l'article 2135.

101 *bis*. V. Nous n'avons songé, du reste, qu'aux véritables hypothèques générales; l'hypothèque conventionnelle des biens à venir, autorisée par l'article 2130, n'est pas une hypothèque générale. La loi a voulu autant que possible lui conserver le caractère de spécialité; elle a dit que les biens à venir seraient affectés au fur et à mesure des acquisitions. L'inscription ne peut pas être prise d'une manière générale et indéterminée comme les inscriptions des hypothèques légales ou judiciaires (art. 2148 *in fine*); partant elles ne peuvent être inscrites sur un bien que lorsqu'il

(1) V. Pothier, cout. d'Orléans. Introd. au titre XX, n° 22, et *Traité de l'hypothèque,* ch. I, sect. 2, § 2, C. Cass., 5 novembre 1873. Sirey, 1874, 1, 86.

appartient au débiteur, et c'est le premier inscrit postérieurement à cette époque qui sera préféré.

102. Les exceptions à l'article 2134 s'appliquent à l'hypothèque légale des mineurs et à celle des femmes mariées; elles consistent, non à dispenser absolument ces hypothèques de la formalité de l'inscription, mais à rendre leur existence indépendante de son accomplissement. Cette faveur, qui se justifie en partie par la publicité des qualités de tuteur et de mari, repose principalement sur l'importance des droits à conserver et sur la position particulière des créanciers dont il s'agit, par rapport à leur débiteur. Du reste, le rang de ces hypothèques est toujours déterminé d'après le principe d'ancienneté; mais la loi le fixe suivant plusieurs distinctions, qui aboutissent en général à faire dater l'hypothèque du jour auquel naît ou remonte l'obligation qui y donne lieu.

102 *bis*. I. Il existe deux hypothèques légales dont le rang est indépendant de l'inscription, celle des mineurs et des interdits sur les biens de leurs tuteurs, celle de la femme mariée sur les biens de son mari. Les autres hypothèques légales, et notamment celles de l'État, des communes et des établissements publics sur les biens des comptables, n'ont rang qu'à la date de l'inscription.

Les deux hypothèques que la loi traite d'une manière exceptionnelle existent, c'est-à-dire qu'elles procurent au créancier un rang, une préférence, sans inscription. Disposition qui a soulevé les critiques des partisans à outrance de la publicité. La loi, ont-ils dit, a retiré d'un côté ce qu'elle donne de l'autre, car si le système de la publicité tend à développer le crédit public, il suffit de la crainte d'une seule hypothèque occulte pour paralyser le crédit. Or, on fait remarquer que les deux hypothèques dispensées d'inscription ne sont pas rares, car on peut dire que les trois quarts du territoire français appartiennent ou ont appartenu à des maris ou à des tuteurs.

102 *bis*. II. Voici cependant ce qui explique la disposition de la loi. Puisqu'on a jugé utile d'établir, indépendamment de la volonté des parties, une garantie hypothécaire en faveur de certains incapables, il fallait que cette garantie ne fût pas un vain mot. Elle fût devenue inutile, la création du législateur eût été sans résultat, si

le Code avait subordonné le droit hypothécaire qu'il accordait aux femmes, aux mineurs et aux interdits, à des formalités que ces incapables ne pouvaient pas ordinairement remplir, les uns empêchés par leur âge ou leur état mental, les autres par l'état de subordination dans lequel elles se trouvent par rapport au débiteur, c'est-à-dire par les circonstances mêmes qui sont la cause de la création de l'hypothèque légale. L'expérience avait été faite, car la loi de brumaire an VII soumettait ces hypothèques à la nécessité de l'inscription (art. 3), et la disposition du Code civil nous permet de penser que les rédacteurs de ce Code avaient puisé dans cette expérience d'environ cinq ans la conviction qu'il était dangereux de compter sur une publicité sérieuse des hypothèques protégeant les incapables. Leur pensée apparaît clairement dans la discussion au conseil d'État. (Séance du 12 pluviôse an XII.) Le Premier Consul notamment et Bigot-Préameneu exprimaient énergiquement les raisons de la dispense d'inscription; elles se résument ainsi : La justice s'oppose à ce que l'on reporte sur le mineur et sur la femme les suites d'une négligence qu'il n'est pas en leur pouvoir d'empêcher..... et s'il était impossible d'organiser un système qui mît tous les intérêts d'accord, il faudrait faire céder la sûreté d'un majeur qui prête ou qui acquiert à celle de la femme ou du mineur que leur état rend incapables de se protéger eux-mêmes.

Telles sont les raisons qui, d'après le Code civil, ont fait attribuer à l'hypothèque des femmes, des mineurs et des interdits, le caractère d'hypothèque occulte. La loi du 23 mars 1855 a seulement amendé le système en quelques points, mais le principe est resté.

103. Conformément à notre principe, il est tout simple que l'hypothèque des mineurs date toujours de l'*acceptation* de la tutelle, ou, comme la loi elle-même le dit ailleurs, du jour de l'*entrée en gestion* (art. 2194, 2195). En effet, c'est à cette époque que remontent toutes les obligations du tuteur envers son pupille. V. art. 2135-1°.

103 *bis*. I. Il ne suffisait pas de dire que certaines hypothèques auraient un rang indépendant de l'existence ou de la date d'une inscription. Il fallait fixer ce rang : c'est là un des objets de l'article 2135.

Il s'occupe d'abord de l'hypothèque des mineurs et des interdits. Cette hypothèque prend rang au jour de l'acceptation de la tutelle. C'est là une expression qui demande une explication, car les tuteurs n'ont pas précisément à faire une acceptation de leur fonction. La plupart du temps elle leur est imposée, et par conséquent ils commettent une faute dont ils sont responsables, s'ils n'acceptent pas une mission qu'ils n'ont pas le droit de répudier. Un autre article (art. 2194) parle de l'entrée en gestion du tuteur comme du moment où remonte l'hypothèque qui grève ses biens. Cette expression n'est guère plus exacte et plus précise que celle de l'article 2135, à moins qu'on ne la considere comme synonyme des mots entrée en fonction, commencement des fonctions ; car il faudrait se garder de croire que l'hypothèque ne prend rang qu'au jour où la gestion a commencé en fait, le tuteur étant certainement coupable de négligence ou de mauvaise volonté s'il reste sciemment étranger à l'administration des affaires du mineur.

Il est clair que la loi a voulu parler du jour où commence la responsabilité du tuteur, puisque l'hypothèque est destinée à garantir les créances résultant de cette responsabilité. Il reste à établir quand commence cette responsabilité. L'article 418 répond directement à cette question quand il s'agit d'un tuteur datif; il est responsable du jour de sa nomination, s'il est présent à la délibération du conseil de famille, sinon du jour de la notification qui lui en est faite. Cet article nous fournit facilement la règle applicable aux autres tuteurs. La tutelle et la responsabilité commencent pour eux quand ils ont connaissance de leur vocation à la tutelle.

103 *bis*. II. Il est nécessaire de faire sur l'hypothèque des mineurs et des interdits une remarque dont l'importance résultera de la comparaison de cette hypothèque avec celle de la femme mariée.

Toutes les créances du mineur ou de l'interdit contre son tuteur sont colloquées à la même date; celles qui prennent naissance pendant la tutelle ont un rang qui les place au commencement même de la tutelle, c'est-à-dire que l'hypothèque les garantissait avant qu'elles fussent nées. C'est la disposition de la loi; elle s'explique par la nécessité de protéger l'incapable qui, pour les biens par lui acquis pendant la tutelle, n'aurait pas été protégé par l'hypothèque, si le tuteur avait pu grever ses biens à son détriment entre le commencement de la tutelle et l'acquisition de ces biens. Théoriquement on peut dire d'ailleurs que toutes les obligations du tuteur

sont comprises en germe dans l'obligation de veiller aux intérêts du mineur ou de l'interdit, obligation qui a pris naissance au moment même où commençait la tutelle.

104. Quant aux femmes mariées, il faut distinguer : s'il s'agit de leur dot ou de l'exécution des conventions matrimoniales, nul doute que l'hypothèque ne parte du jour de la célébration (nonobstant art. 2194 et 2195). V. art. 2531-2°, al. 1; et remarquez que cette règle devrait s'appliquer à la dot dans le cas même où le mari ne l'aurait touchée que postérieurement au mariage (v. *Papin.*, L. *D.*, 1, *qui pot. in pign.*).

104 *bis*. I. Certaines créances de la femme sont garanties par une hypothèque qui prend rang au jour du mariage. C'est d'abord la créance de la dot, le droit qui appartient à la femme de répéter contre son mari les biens qu'elle lui a apportés pour l'aider à supporter les charges du mariage. Le régime matrimonial adopté par les époux est indifférent. Pourvu que la femme soit créancière de son apport, elle est créancière de sa dot, qu'il s'agisse d'une dot en argent sous le régime dotal, de tout l'argent qui lui appartient lors du mariage sous le régime sans communauté, ou bien sous le régime de communauté, si elle fait un apport en argent qui n'est pas tombé définitivement dans la communauté; la femme est dans tous ces cas créancière de son mari, et sa créance est garantie par l'hypothèque. Si enfin la femme était propriétaire d'immeubles qui sont restés sa propriété, elle n'en a pas moins une créance contre son mari considéré comme administrateur; elle peut demander des indemnités à raison des détériorations que l'immeuble a subies par la faute du mari; dans ce cas encore c'est la dot qui est en jeu, et l'hypothèque qui appartient à la femme remonte au jour du mariage.

Dans ces diverses hypothèses le droit de la femme est né le jour même du mariage, car c'est alors que le mari est devenu responsable de la dot, et c'est pour cela que l'hypothèque prend rang du jour du mariage (1).

Il est clair que la loi ne donne pas un rang d'hypothèque pour la

(1) V. C. Cass., 22 janvier 1878. Sirey, 1878, 1, 306.

restitution même de la dot en immeubles, puisque plus loin, supposant l'aliénation, elle fait dater l'hypothèque du jour de cette aliénation. La restitution des immeubles eux-mêmes n'a pas besoin d'être garantie par l'hypothèque, puisque la femme en est propriétaire, et que si le mari avait tenté de les aliéner seul, il n'aurait pas détruit ce droit de propriété. La femme recouvre toujours son immeuble. Elle ne pourrait souffrir que des détériorations survenues du fait de l'acquéreur; mais le mari en serait responsable comme de celles qui proviennent de lui, et de ce chef la femme créancière aurait une hypothèque à la date du mariage.

Quant aux meubles corps certains, la question demande une distinction qui apparaîtra au n° 105 *bis*. III.

104 *bis*. II. A côté de la dot, la loi place les *conventions matrimoniales*, et il est clair qu'il faut entendre ces expressions avec une certaine prudence, car, *lato sensu*, on pourrait bien dire que toutes les créances de la femme contre son mari ont leur point de départ dans les conventions matrimoniales; or il est certain que l'article ne l'entend pas ainsi, puisque dans les lignes suivantes il indiquera un certain nombre de créances qui ne sont pas traitées comme celles qui proviennent des conventions matrimoniales. D'après les distinctions qui suivent, on peut comprendre qu'il s'agit des créances qui sont nées directement des stipulations du contrat, sans être la conséquence de faits postérieurs survenus au cours du mariage et que la femme aurait pu empêcher par sa volonté. Ces stipulations du contrat de mariage qui ne se rattachent pas à la restitution de la dot, ne peuvent donc être que les stipulations assez fréquentes qui assurent à la femme des avantages, c'est-à-dire qu'il s'agit des conventions constituant des libéralités au profit de la femme; ces donations se manifestent ordinairement sous la forme de *gains de survie*, donations à la femme si elle survit, ou donations au survivant des deux époux. Sous le régime de communauté, les conventions en faveur du survivant portent le nom de *préciput*. Mais le préciput ne s'exerce ordinairement que sur la communauté, et par suite, nous l'avons dit plus haut, il ne serait pas garanti par l'hypothèque légale, si ce n'est quand la femme l'aurait stipulé même pour le cas de renonciation, parce qu'alors elle a une créance contre le mari personnellement (art. 1515).

En dehors des *gains de survie*, le mari peut faire à sa femme des donations pures et simples par le contrat de mariage. Ces donations

font partie des conventions matrimoniales ; l'hypothèque en assure l'exécution quand le contrat ne contenait qu'une promesse.

Enfin il faut comprendre, dans les créances résultant des conventions matrimoniales, les avantages que la loi accorde à la femme en vertu d'une convention tacite (voy. art. 1481 et 1570).

105. La même règle semblerait susceptible d'application aux sommes dotales provenant de successions échues ou de donations faites pendant le mariage ; peut-être même n'y avait-il pas absolument lieu de s'en éloigner quant à l'indemnité des dettes contractées par la femme avec son mari, ni quant au remploi des propres aliénés. Dans tous ces cas, en effet, le mari pourrait être considéré comme obligé, dès le principe, à restitution, à indemnité ou à remploi sous une condition qui ne dépend pas entièrement de sa volonté. Cependant, pour ne pas détruire absolument le crédit des maris, la loi, dans les quatre cas, n'accorde rang à l'hypothèque que du jour de l'événement qui donne lieu à l'obligation, c'est-à-dire, pour les successions, du jour de leur ouverture ; pour les donations, du jour qu'elles ont eu leur effet ; pour l'indemnité, du jour de l'obligation ; pour le remploi, du jour de la vente. V. art. 2135-2°, al. 2 et 3.

105 *bis*. I. Dans les hypothèses prévues par les 2e et 3e alinéas du 2° de l'article 2135, il s'agit de dettes qui ont pris naissance postérieurement au mariage, et à raison de cela, le Code ne fait pas remonter l'hypothèque au jour du mariage. On aurait pu cependant raisonner comme on l'a fait pour les mineurs, et donner plus de garanties à la femme, en considérant toutes ces obligations comme contenues en germe dans l'obligation que contracte le mari de protéger la femme même dans ses intérêts pécuniaires. C'était le projet primitif ; il a été abandonné sur des observations faites par le Tribunat dans l'intérêt du crédit : on a fait observer qu'il y avait plus de maris que de tuteurs, et que par conséquent l'hypothèque sur les biens des maris gênerait plus la propriété que l'hypothèque sur les biens des tuteurs. On a craint certainement de restreindre le nombre des mariages par l'exagération de la charge imposée aux maris, de diminuer surtout les unions entre des maris propriétaires

d'immeubles et des femmes pauvres, ceux-là voyant leur crédit atteint par l'existence d'une hypothèque qui garantirait, dès le jour du mariage, des biens que la femme n'aura peut-être jamais, par exemple, des successions à venir, alors que la femme appartient à une famille indigente ou n'a peut-être aucune famille.

Ces considérations ou d'autres semblables n'avaient pas ébranlé le législateur quand il s'était agi de l'intérêt des mineurs, parce que la tutelle est organisée de telle sorte que les mineurs trouvent toujours des tuteurs; mais le mariage n'est pas obligatoire, et il ne faut pas le rendre trop onéreux.

Il y a lieu d'ajouter pour justifier la différence que la loi a faite entre les mineurs et les femmes mariées, que les premiers sont à la discrétion de leur tuteur, sans influence sur leurs propres affaires, tandis que la femme peut veiller à ses intérêts et qu'elle a la suprême ressource de la séparation de biens.

105 *bis*. II. Examinons maintenant les distinctions que fait la loi parmi les différentes causes des créances de la femme. Elle parle d'abord des *sommes dotales* provenant de successions ouvertes ou de donations faites au profit de la femme pendant le mariage. L'expression sommes dotales désigne les sommes d'argent advenues à la femme pendant le mariage avec un caractère propre. Si ces sommes devaient tomber en communauté, la femme, n'ayant pas le droit de les répéter jamais, n'aurait pas besoin d'une hypothèque. Il faut aussi, pour que ces sommes aient le caractère dotal, qu'elles aient été soumises par le contrat de mariage à l'usufruit du mari, qu'il ait dû les avoir à sa disposition; en un mot, qu'il en soit débiteur comme il est débiteur de la dot en général. Il n'importe, au surplus, que la femme soit mariée sous un régime ou sous un autre; le mot *dot*, nous le savons, n'est pas particulier au régime dotal. Ainsi, sous le régime de la communauté, les sommes provenant des successions ou des donations seront dotales si elles sont exclues de la communauté par le contrat, ou par la volonté d'un testateur ou donateur; enfin si, étant tombées dans la communauté, elles peuvent être, en vertu d'une clause du contrat, l'objet d'une reprise d'apport au cas de renonciation. Sous le régime sans communauté, toute la fortune de la femme est dotale, le mari n'est jamais que quasi-usufruitier des deniers appartenant à la femme. Sous le régime dotal, il n'y aura évidemment que les sommes non paraphernales qui seront comprises dans la disposition que nous étudions

Sous le régime de la séparation de biens, tout est paraphernal, et notre article n'a pas d'application.

105 *bis*. III. Le Code n'a parlé que de sommes dotales, parce qu'il envisage le mari comme débiteur de quantités, et que si la femme recueillait, par succession ou donation, des corps certains, tant qu'elle conserve un droit de propriété sur ces objets elle n'a pas besoin d'avoir une hypothèque pour en assurer la restitution. C'est bien certainement la théorie de la loi en ce qui concerne les immeubles; car l'alinéa suivant, qui s'occupe de l'hypothèque garantissant les propres, lui donne un rang à partir de l'aliénation qu'on en aurait faite et non pas du moment où la femme les a acquis. Seulement il y a lieu de se demander si, en parlant des propres, elle a entendu seulement les immeubles propres ou aussi les meubles qui pourraient avoir ce caractère.

Parmi les meubles advenus à la femme par succession ou donation, il en est qui n'ont pas le caractère de corps certains; quant à ceux-là, il n'y a pas de doute, le mari en est usufruitier comme des sommes d'argent, et il faut les traiter, au point de vue de l'hypothèque, comme les sommes dotales. Mais si la femme acquiert des biens mobiliers qui ne sont pas des quantités, s'il s'agit de tableaux, de pierreries, d'argenterie, le mari usufruitier doit les restituer, et il faut déterminer à quel rang sera placée l'hypothèque qui assure cette restitution. La réponse dépend avant tout des pouvoirs qu'on reconnaît au mari sur les meubles propres de sa femme, suivant les différents régimes. Il est clair que toutes les fois qu'on lui reconnaîtra le pouvoir de les aliéner, il faudra bien donner à l'hypothèque le même rang que s'il s'agissait de quantités; car la femme, ne pouvant pas empêcher l'aliénation, se trouve, quant à ces biens, à la discrétion de son mari depuis le jour du mariage, et il ne faut pas qu'elle soit compromise par une aliénation que ferait le mari alors qu'il ne présenterait peut-être plus de garantie hypothécaire sur ses immeubles.

Si l'on n'admet pas que le mari a le droit d'aliéner les meubles propres de la femme, on devrait alors ne faire dater l'hypothèque que du jour de l'aliénation, puisqu'il a dépendu de la femme de ne la point autoriser. Mais ceci nous paraît toutefois demander une distinction; quant aux meubles corporels, il faut tenir compte des effets de la règle : En fait de meubles la possession vaut titre. L'application de cette règle rend très dangereuse la situation de la

femme; car l'aliénation consentie par le mari sera presque toujours inattaquable par la femme, et par conséquent, bien que le mari ne soit pas en droit quasi-usufruitier de ces meubles, la femme a besoin d'être protégée par l'hypothèque de la même manière que pour ses créances de quantités.

Si, au contraire, le meuble propre est un meuble incorporel, par exemple une créance, une action nominative dans une compagnie, l'aliénation ne pouvant pas se consommer sans la volonté de la femme, et l'article 2279 étant inapplicable, il faudrait assigner à l'hypothèque de la femme le rang que lui attribue l'article 2135 pour le cas de l'aliénation des propres.

105 *bis*. IV. Il n'est pas difficile de comprendre pourquoi les sommes dotales sont garanties par une hypothèque qui ne remonte pas au jour du mariage : c'est que, à ce moment, rien n'est plus incertain que les acquisitions que pourra faire plus tard la femme par succession ou donation; peut-être ne recueillera-t-elle jamais ni une succession ni une donation, et en tout cas il serait désastreux pour le crédit du mari de frapper d'une hypothèque ayant un rang à dater du mariage tous ses immeubles, pour garantir la restitution d'une somme peut-être très minime qui adviendra à la femme trente ou quarante ans après le mariage.

105 *bis*. V. La créance de la femme peut avoir pour cause des dettes qu'elle a contractées avec son mari; quand elle est commune en biens, elle est réputée caution de son mari, et elle a droit à une indemnité (art. 1431); sous les autres régimes, nous ne trouvons pas la même présomption; mais il résultera souvent des faits que la femme s'est engagée dans l'intérêt de son mari, et elle aura également droit à être indemnisée. La créance d'indemnité est garantie par l'hypothèque légale; mais cette hypothèque ne remonte pas au jour du mariage, puisque la créance ne dérive pas forcément du mariage et des obligations qu'il impose au mari; elle provient d'un fait accidentel, postérieur, survenu du consentement de la femme et que par conséquent elle pouvait empêcher.

La femme s'étant obligée, c'est du jour même du contrat qu'est né le droit de la contraindre à payer; c'est donc de ce jour-là que date l'hypothèque sur les biens du mari et non pas seulement du jour du paiement, car la dette grevait le patrimoine de la femme, sans qu'il lui fût possible de s'y soustraire, depuis le jour de l'engagement.

La loi, en attribuant à l'hypothèque la date du contrat qui a produit l'obligation, n'exige pas que ce contrat ait date certaine, bien que les créanciers hypothécaires qui souffriront de la préférence accordée à la femme soient certainement des tiers; c'est une dérogation à l'article 1328, qui s'explique par l'intention première des rédacteurs du Code d'accorder à toutes les créances de la femme la date du mariage. On a abandonné cette idée, mais ç'a été une concession, et l'on s'explique qu'elle n'ait pas été très large. Le but principal de l'article 2135 étant de dispenser la femme de toute formalité, il eût été inutile de la dispenser de l'inscription si on lui imposait l'enregistrement; elle serait à la discrétion de l'imprudence ou de la mauvaise volonté de son mari. (V. cependant C. cass. 15 mars 1859. Sirey, 1859, 1, 195.)

105 *bis*. VI. L'aliénation des propres de la femme peut aussi constituer le mari débiteur; sous le régime de communauté, sous le régime sans communauté, sous le régime dotal s'il s'agit de biens dotaux, c'est le mari qui a l'administration et qui par conséquent aura touché le montant du prix de vente; s'il n'en a pas fait le remploi, il est débiteur de ce prix. Ses biens sont hypothéqués à la sûreté de cette obligation; mais l'hypothèque ne date que du jour de l'aliénation, parce que, jusqu'à cet événement, les immeubles restent la propriété de la femme et ne courent pas le danger d'être perdus pour elle; une hypothèque munie d'un rang serait superflue. La conversion de l'immeuble en argent rend seule utile la garantie hypothécaire, et la femme doit voir, avant de consentir à l'aliénation, si les immeubles du mari sont encore suffisants à ce jour pour assurer sa créance du prix; quand elle ne le pense pas, elle n'a qu'à refuser son consentement à l'acte d'aliénation.

105 *bis*. VII. Toutes les créances de la femme ne sont pas énumérées dans les deux alinéas du 2° de l'article 2135. Elle peut être créancière à d'autres titres, et certainement elle aurait toujours pour ces créances la garantie de l'hypothèque légale, nous l'avons dit au n° 81 *bis*. I. Mais ce qui n'apparaît pas, c'est le rang qui doit être assigné à l'hypothèque qui garantit ces diverses créances dont l'article 2135 ne parle pas. Un point d'abord doit être réglé quant à ces hypothèques : sont-elles dispensées d'inscription? On pourrait croire qu'elles n'en sont pas dispensées si l'on traduit en quelque sorte mot à mot l'article 2135. Le Code, en effet, n'a pas commencé par dire : les hypothèques des femmes et des mineurs existent indé-

pendamment de toute inscription, sauf à détailler ensuite les causes de créances de la femme et à assigner des dates particulières aux hypothèques garantissant certaines de ces créances. C'était l'ordre logique des idées, et nous pensons même que tel a été cet ordre dans la pensée du législateur. Mais il n'a pas bien montré le chemin que cette pensée suivait. Il a écrit : l'hypothèque existe indépendamment de toute inscription au profit des mineurs, puis au profit des femmes pour telles, telles et telles créances, et à chaque créance énumérée il a assigné son rang ; d'où l'on pourrait rigoureusement tirer cette conclusion, qu'il n'a dispensé d'inscription que les créances auxquelles il assigne un rang.

Il ne faut pas s'attacher à cette traduction littérale. La volonté du législateur est certaine : il n'a soumis l'hypothèque de la femme à la formalité de l'inscription pour aucune de ses créances. Les raisons qui l'ont conduit à la dispense d'inscription existent, aussi puissantes, pour toutes les créances de la femme, et ces raisons ont été longuement discutées au conseil d'État ; on voit toujours les rédacteurs du Code se préoccuper de la femme au moins autant que du mineur, sans laisser jamais paraître la pensée de donner au mineur la dispense d'inscription pour toutes ses créances, et à la femme seulement pour quelques-unes. Le texte même du Code démontre que tous les droits de la femme sont garantis par une hypothèque occulte ; car dans le chapitre où la loi organise une procédure au moyen de laquelle l'acquéreur d'un immeuble aliéné par le mari peut faire apparaître les hypothèques non inscrites de la femme, à l'effet de les purger, il qualifie deux fois cette hypothèque en disant qu'elle existe pour les dots, *reprises* et conventions matrimoniales (art. 2193, 2195). Le mot reprises, le plus large qui puisse être employé, ne permet pas de croire que toutes les créances de la femme ne sont pas dispensées d'inscription.

La lacune signalée dans l'article 2135 est le résultat d'un changement du système, admis au cours de la rédaction ; mais les circonstances qui ont amené ce changement prouvent que l'intention n'était pas de soumettre l'hypothèque à l'inscription dans un certain nombre de cas. L'article 2135 présenté au Tribunat portait : « Au profit des femmes pour raison de leur dot, *reprises* et conventions matrimoniales sur les immeubles du mari, à compter du jour de leur mariage. »

Toutes les créances jouissaient donc de la dispense, et elles

avaient toutes le même rang. Voilà pourquoi le législateur n'avait pas eu besoin de poser en principe séparé la dispense d'inscription. Le Tribunat, sans contester la généralité de la dispense, éleva des objections contre le rang assigné à l'hypothèque pour les créances résultant des dettes contractées, des aliénations de propres et des acquisitions par succession ou donation, et c'est à cette observation qu'on a donné satisfaction, dans la séance du 22 pluviôse an XII, par la rédaction définitive de l'article. Ce court exposé historique, expliquant l'imperfection de la rédaction du Code, témoigne en même temps de l'intention du législateur : dispenser d'une manière générale de la formalité de l'inscription les hypothèques des femmes mariées.

105 *bis*. VIII. Ces diverses créances, dont il n'est pas parlé dans l'article 2135, sont, par exemple, celles qui résulteraient de la mauvaise administration des biens dotaux par le mari; celles qui, sous le régime dotal, auraient trait aux biens paraphernaux, soit que le mari en eût reçu l'administration par un mandat exprès ou tacite, soit qu'il eût encaissé avec ou sans mandat le montant des créances paraphernales. Sous le régime de séparation de biens, il pourrait aussi arriver que le mari eût eu à sa disposition des sommes appartenant à sa femme ou qu'il eût administré ses biens. On peut encore citer la créance de la femme qui a obtenu soit la séparation des biens, soit la séparation de corps, et qui a fait condamner son mari aux dépens de l'instance.

105 *bis*. IX. Reste à déterminer, dans le silence de la loi, le rang de ces différentes créances. Il nous paraît que cette détermination ne peut pas être faite en bloc pour toutes les créances; elle aura toujours, précisément à cause du silence de la loi, un caractère quelque peu arbitraire; mais elle doit être faite d'après les espèces, en se rapprochant des hypothèses prévues, et en n'oubliant pas que l'idée première du législateur était de faire remonter toutes les hypothèques de la femme au jour du mariage.

Nous avons déjà parlé du rang de l'hypothèque pour la créance résultant de la mauvaise administration des biens dotaux, c'est-à-dire des biens apportés par la femme, qui, sous un régime quelconque, sont soumis à la puissance du mari. Nous avons dit au n° 104 *bis*, I, que cette hypothèque a rang au jour du mariage en vertu du premier alinéa du 2° de l'article 2135 : c'est bien une hypothèque pour raison de la dot.

Seulement, il faut bien comprendre que cette disposition du 1er alinéa n'a trait qu'à la dot proprement dite, aux biens que la femme apporte lors du mariage; s'il s'agit d'un bien acquis par succession ou donation, et qui aurait un caractère dotal, en ce sens qu'il serait grevé d'un droit de jouissance en faveur du mari, il nous paraît difficile de faire remonter jusqu'au jour du mariage l'hypothèque pour la créance résultant de la mauvaise administration. Le mari, en effet, se trouve alors débiteur de sommes d'argent; ces sommes ont le caractère dotal, et dès lors elles doivent être colloquées au rang déterminé par le 2e alinéa du 2° de l'article. Si le mari avait trouvé des deniers comptants dans la succession échue à sa femme, ou si la donation comprenait de l'argent, l'hypothèque ne daterait que de l'ouverture de la succession ou du jour de la donation; comment pourrait-on comprendre qu'une créance née pour l'administration des biens héréditaires ou des biens donnés pût avoir un rang supérieur?

105 *bis*. X. Les créances peuvent être relatives aux biens paraphernaux ou aux biens de la femme séparée, et il faut leur assigner un rang. On doit d'abord comprendre comment la femme sera devenue créancière de son mari à propos de ses paraphernaux, ou à propos d'un de ses biens, quand elle est séparée. Le mari n'a pas l'administration de ces biens, il n'agit pas pour elle; dans les conditions normales, il ne sera donc pas son débiteur. Cette observation explique comment notre article a négligé de régler cette situation. Le mari cependant peut avoir administré les biens en vertu d'une procuration expresse ou tacite de sa femme, ou malgré l'opposition de celle-ci (art. 1539, 1577, 1578, 1579). Il peut avoir touché, en vertu d'un mandat, le montant de créances appartenant à sa femme. Quand une aliénation est faite en sa présence et de son consentement, il est garant du défaut d'emploi. Lorsqu'elle est faite avec l'autorisation de la justice, il peut encore être garant s'il a concouru au contrat, ou s'il est prouvé que les deniers ont été reçus par lui ou ont tourné à son profit. (Art. 1450.)

105 *bis*. XI. Ces diverses hypothèses se rapprochent beaucoup de celles qui sont prévues par la loi. Ainsi, quand il s'agira de l'administration d'un bien paraphernal ou d'un bien appartenant a une femme séparée, on devra assigner à l'hypothèque le rang que nous lui avons attribué quand elle garantit l'administration des biens sur lesquels le mari a le droit de jouissance dans le régime dotal, de

communauté ou sans communauté. L'hypothèque ne datera pas du jour du mariage, car les biens dont nous nous occupons ne peuvent pas être assimilés aux biens que la femme a apportés en dot lors du mariage. Le mari n'en avait, d'après le contrat du mariage, ni l'administration ni la jouissance; c'est un fait postérieur au mariage qui lui en a donné l'administration. L'hypothèque doit donc frapper les biens du mari à partir du jour où a commencé son administration, comme il arrive à propos de l'administration des biens de succession sous les régimes où le mari a de droit l'administration de tout bien qui advient à sa femme.

105 *bis*. XII. Si le mari a touché des capitaux pour sa femme séparée ou, sous le régime dotal, des capitaux faisant partie des paraphernaux, l'hypothèque devrait dater du jour où il a reçu le mandat de les toucher, de même que pour les sommes dotales l'hypothèque date non pas du jour de l'encaissement, mais du jour de l'ouverture de la succession qui, en rendant la femme créancière, a constitué le mari mandataire à l'effet de poursuivre les débiteurs.

105 *bis*. XIII. Il s'agit là du mandat exprès; si le mandat était tacite ou si le mari n'avait pas reçu de mandat, son obligation n'ayant commencé qu'au jour de la réception des deniers, l'hypothèque ne pourrait pas remonter plus haut.

105 *bis*. XIV. Au cas d'aliénation par la femme d'un bien paraphernal, ou d'un bien quelconque quand elle est séparée, la date de l'hypothèque pour le défaut de remploi dépendra de la circonstance qui rend le mari responsable de ce defaut de remploi aux termes de l'article 1450. S'il est responsable parce que la vente a été faite en sa présence et de son consentement, l'hypothèque doit grever ses biens depuis le jour de la vente, car il est dans la même position qu'un mari commun qui autorise la vente d'un propre, il doit de ce jour surveiller le recouvrement et le placement du prix; si, au contraire, n'ayant pas autorisé la vente, il n'est tenu que parce qu'il a reçu le prix ou que ce prix a tourné à son profit, il n'a été obligé que par la réception des deniers ou par le fait qui l'a enrichi, et l'hypothèque ne peut dater que du jour où ces faits se sont produits.

105 *bis*. XV. Nous avons parlé de l'hypothèque garantissant la créance de la femme pour les frais de sa séparation de corps ou de biens. Pour déterminer le rang de cette hypothèque, il nous paraît nécessaire de distinguer entre les deux séparations. La

séparation de biens a pour but de sauvegarder la dot de la femme, les frais de cette séparation sont donc faits pour assurer les droits de la femme contre son mari ; dès lors ils sont les accessoires de ces droits ; il est naturel de ne pas leur assigner un rang à part, mais de les colloquer avec les créances que la séparation protège. S'il s'agit d'obtenir la restitution de la dot proprement dite, c'est-à-dire des biens apportés lors du mariage, les frais de séparation auront hypothèque au jour du mariage. Si la femme n'a rien apporté et si elle a recueilli plus tard des donations, des successions, les frais seront colloqués à la date de l'ouverture des successions ou de l'acte de donation. Si la femme a contracté des dettes ou aliéné des propres, les frais de séparation auront le rang qu'assigne à ces créances l'article 2135. Enfin, si la femme a plusieurs créances ayant des rangs divers, il faudra répartir les frais de séparation entre ces diverses créances, en proportion de la valeur de celles-ci, et chaque créance aura comme accessoire, à son rang, une part des frais de procédure (1).

105 *bis*. XVI. Les frais de séparation de corps ne peuvent pas être traités de la même manière. Ils n'ont pas été faits pour obtenir la séparation de biens, qui est une conséquence indirecte de la demande, mais qui n'en est pas le but. Il ne s'agit pas de protéger les biens. Partant la créance de frais ne ressemble à aucune de celles dont la loi a déterminé le rang ; c'est alors l'occasion de se rappeler que le principe existant à l'état latent dans l'article 2135, c'est que l'hypothèque date du jour du mariage ; aussi bien le mari n'a-t-il pas contracté ce jour-là l'obligation de bien traiter sa femme, et n'est-ce pas parce qu'il y a contrevenu que la femme obtient sa séparation ? Elle doit être colloquée à la date du mariage pour ses frais de séparation de corps, comme elle serait colloquée pour une pension alimentaire qu'elle aurait obtenue par jugement contre son mari. Il en sera de même au cas de divorce.

106. Au reste, en dispensant d'inscription l'hypothèque de la femme ou du mineur, la loi, qui n'a pas d'effet rétroactif, respecte nécessairement les droits antérieurement acquis et ne peut, dès lors, accorder à cette hypothèque la priorité sur

(1) Voir le principe que nous étendons dans un arrêt de la cour de cassation du 4 février 1868. Sirey, 1868, 1, 113.

celles qui avaient pris rang avant elle sous l'empire de la législation antérieure. V. art. 2135, al. dern.

106 *bis*. I. La dernière disposition de l'article 2135 règle une question transitoire. En effet, le changement de législation, c'est-à-dire l'abandon par le Code civil du principe de publicité absolue admis par la loi du 11 brumaire an VII, a nécessité une réserve dans l'intérêt de la règle sur la non-rétroactivité des lois.

La disposition de l'article est très facile à comprendre. L'hypothèque d'une femme, d'un mineur ou d'un interdit ne peut pas remonter, avec dispense d'inscription, à une époque antérieure au Code civil. Si on lui donnait sans inscription un rang à une date antérieure au Code, les tiers qui ont traité avec le mari ou le tuteur, comptant sur l'application de la loi de brumaire, seraient lésés dans leurs droits acquis, et la règle de l'article 2 du Code civil sur la non-rétroactivité des lois ne serait pas respectée. Qu'on suppose, par exemple, une femme mariée en l'an VIII et qui n'a pas d'inscription; un créancier du mari inscrit en l'an IX: qu'un conflit s'engage entre eux en l'an XIII, c'est-à-dire après la promulgation du Code. Si la femme pouvait être colloquée pour sa dot et ses conventions matrimoniales à la date de son mariage, en l'an VIII, le créancier qui, s'inscrivant en l'an IX, avait eu juste sujet de compter qu'il ne serait pas primé par une hypothèque de femme mariée, souffrirait du changement de législation; voila en vue de quels événements l'article 2135 écrit : La disposition du présent article ne pourra préjudicier aux droits acquis à des tiers avant la publication du présent titre.

Ce n'est pas, du reste, à la publication du titre des Hypothèques qu'il faut s'attacher, mais à sa promulgation, en tenant compte de la règle de l'article 1er du Code, qui suspend l'exécution des lois pendant un délai d'un jour à partir de celui de la promulgation, en ajoutant un nouveau délai d'un jour par dix myriamètres de distance entre la ville où la promulgation a été faite et le chef-lieu de chaque département.

106 *bis*. II. Il ne résulte pas de ce que nous venons de dire que le Code civil ait été sans influence sur les droits hypothécaires des femmes, des mineurs et des interdits dont le mariage ou l'entrée en tutelle était antérieure à sa promulgation. Il a dû produire tous ses effets, en tant que ces effets n'avaient pas le carac-

tère de rétroactivité, c'est-à-dire ne portaient pas atteinte à des droits acquis par des tiers. Par conséquent, il a pu et il a dû produire ses effets à partir du jour où il était exécutoire, par exemple, à Paris, à partir du 10 germinal an XII, puisque le titre des Hypothèques y a été promulgué le 8 germinal de cette année. A partir de ce jour, les hypothèques des femmes et des mineurs ou interdits ont existé sans inscription et ont eu le rang que leur assigne l'article 2135, en tant qu'elles ne nuisaient pas à des droits antérieurs. Donc la femme mariée en l'an VIII, et qui n'a pas pris inscription, primera pour sa dot et ses conventions matrimoniales un créancier inscrit le 11 germinal an XII. Celui-ci, en effet, n'avait pas de rang acquis lorsque l'article 2135 est devenu exécutoire, et il ne peut pas se plaindre du caractère occulte de l'hypothèque, ni prétendre qu'il avait juste sujet de croire qu'aucune hypothèque non inscrite ne le primerait. La promulgation du titre des Hypothèques a donc produit, par rapport aux femmes, aux mineurs et aux interdits dont le mariage ou l'entrée en tutelle était antérieure, l'effet d'une prise d'inscription.

107. D'après les motifs connus de la dispense d'inscription, on a douté si l'hypothèque de la femme ou du mineur continuerait à jouir de cette faveur après la dissolution du mariage ou la fin de la tutelle, ou si du moins il n'y avait pas lieu de fixer un délai dans lequel l'inscription devrait être prise. Mais dans le silence de la loi, le conseil d'État consulté a reconnu que la dispense d'inscription subsistait après la dissolution du mariage ou la fin de la tutelle; en outre, il a décidé qu'il n'y avait pas nécessité de fixer un délai. V. avis du conseil d'État du 8 mai 1812; v. au surplus art. 2194 et 2195. V. loi du 23 mars 1855, art. 8.

107 *bis*. I. Tel était l'état de la législation avant la loi du 23 mars 1855. L'article 8 de cette loi a amendé le Code civil sur ce point. Le Code accordait à l'hypothèque du mineur, de l'interdit et de la femme mariée une faveur excessive, puisque après la cessation de l'incapacité cette hypothèque jouissait encore de la dispense d'inscription, alors que cette dispense n'avait plus sa raison d'être et que ses inconvénients au point de vue du crédit

n'avaient certes pas diminué. D'après l'article 8 de la loi de 1855, la veuve, le mineur devenu majeur, l'interdit relevé de l'interdiction, leurs héritiers ou ayant cause, doivent prendre inscription dans l'année qui suit la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle; alors ils conservent à l'hypothèque le rang que lui attribue l'article 2135. Ce délai expiré sans inscription, l'hypothèque n'est pas perdue, mais elle ne date que du jour de l'inscription qui serait prise ultérieurement.

La femme veuve n'est plus sous la dépendance de son mari, elle n'a plus à compter sur sa protection; le mineur devenu majeur, l'interdit qui a fait prononcer la mainlevée de l'interdiction, sont placés dans la position de tous les créanciers; ils ont la plénitude de la capacité et doivent par conséquent veiller à leurs droits.

107 *bis*. II. La pensée de l'article 8 est claire : la dispense d'inscription cesse lorsque l'incapacité du créancier a cessé; à partir de ce moment court le délai dans lequel l'inscription doit être prise. L'incapacité peut cesser par la mort de l'incapable, et le délai courra certainement à partir de cette époque. Le texte cependant laisse un certain doute sur ce point; car il ne prévoit pas directement l'hypothèse du décès, et, s'il songe aux héritiers de l'incapable, il semble n'avoir en vue que les héritiers de la femme *veuve*, du mineur *devenu majeur*, de l'interdit *relevé* de l'interdiction, à l'exclusion des héritiers de l'incapable décédé en état d'incapacité. Ceux-ci ne seraient pas astreints à la nécessité de s'inscrire dans l'année. Il est certain qu'il n'y a là qu'une inadvertance de rédaction; l'incapacité de la femme, du mineur et de l'interdit cesse par la mort, et il serait absolument contraire au but de la loi de 1855 de laisser, en un certain cas qui se présentera bien souvent, le caractère d'hypothèque occulte à l'hypothèque des femmes, des mineurs et des interdits, alors que la créance a passé à des héritiers. Ceux-ci auraient alors un avantage que la loi refuse à l'incapable lui-même dès qu'il n'est plus en état d'incapacité.

107 *bis*. III. La cessation de la tutelle ne met pas toujours fin à l'incapacité, lorsqu'elle a lieu *ex parte tutoris*, par exemple par la mort du tuteur. Dans ce cas, l'article 8 de la loi de 1855 est inapplicable, aussi bien d'après ses motifs que d'après son texte. En effet, le mineur ou l'interdit ne peut pas encore veiller lui-même à ses intérêts, et l'article n'impose l'obligation d'inscrire l'hypothèque,

même après la cessation de tutelle, qu'au mineur devenu majeur et à l'interdit relevé de l'interdiction.

107 *bis*. IV. Les incapables dont s'occupe l'article 8 de la loi de 1855 jouissent du délai d'un an pour s'inscrire, sans que ce délai soit abrégé par les circonstances qui, ainsi que nous le verrons plus tard, font ordinairement obstacle à la prise des inscriptions (art. 2146). Il ne faut pas oublier que dans le système du Code civil, en vue duquel est écrit l'article 2146, les hypothèques des femmes, des mineurs et des interdits existaient indépendamment de l'inscription, et que, par conséquent, les événements prévus par l'article 2146 étaient sans influence sur leur rang; survient la loi de 1855, elle exige une inscription dans un certain délai, mais elle ne subordonne pas la validité de cette inscription aux conditions de l'article 2146, et il ne faut pas en exagérer la portée. Il ne s'agit pas, en effet, dans le cas de l'article 8, d'acquérir un droit de préférence, ce qui ne peut avoir lieu, lorsque le débiteur est en faillite ou que sa succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire; il s'agit de publier un droit préexistant, d'annoncer une hypothèque dont la date ne dépend pas de l'inscription, mais résulte d'une disposition particulière et précise de la loi.

Que si le délai d'un an étant expiré, l'inscription était prise dans une des hypothèses prévues par l'article 2146, elle ne pourrait produire aucun effet, parce que dans ce cas le rang ne résulte pas de la loi, qu'il dépend de l'inscription elle-même, et que l'hypothèque de l'incapable se trouve par là même assimilée aux hypothèques ordinaires.

107 *bis*. V. Quand l'article 8 de la loi de 1855 parle des hypothèques des mineurs, des interdits et des femmes, il parle de ces incapables et de leurs héritiers ou ayant cause, et par cette dernière expression, il comprend évidemment les successeurs à titre universel; mais il comprend aussi, et très certainement, les cessionnaires qui auraient acquis les créances, depuis la cessation de l'incapacité; ils seraient astreints, comme les héritiers, à la nécessité d'une inscription dans le délai d'un an, à partir de la dissolution du mariage ou de la fin de la tutelle; le délai aurait déjà commencé à courir contre l'ex-incapable, et son ayant cause ne pourrait pas avoir plus de droits que lui.

L'hypothèque du mineur ou de l'interdit ne peut avoir été l'objet d'une cession, qu'après la cessation de l'incapacité; car on ne

voit pas comment le tuteur, même autorisé, pourrait céder la créance éventuelle qui appartient à l'incapable contre lui-même; mais l'hypothèque de la femme mariée est très souvent cédée pendant le mariage même : c'est en effet la femme qui fait la cession avec une autorisation; ce n'est pas le mari lui-même qui consent cet acte. L'article 8 ne régit pas les conditions de ces cessions; elles sont l'objet de l'article 9.

107 *bis*. VI. Sous l'empire du Code la dispense d'inscription n'étant pas considérée comme personnelle à la femme, on l'étendait à son cessionnaire, parce que cette faveur était envisagée comme inhérente à la créance elle-même. Il résultait de là que l'abandon du principe de publicité des hypothèques, si préjudiciable au crédit, profitait à un acheteur de créance majeur et capable, alors que la femme au profit de laquelle le législateur avait abandonné son principe s'était désintéressée de la créance. Les cessionnaires eux-mêmes souffraient du défaut de publicité, car ils n'avaient aucune garantie contre les cessionnaires antérieurs à eux par la date d'actes dont rien ne leur avait révélé l'existence.

L'article 9, en même temps qu'il exige, nous l'avons dit plus haut, la rédaction d'un acte notarié, impose aux cessionnaires la nécessité de publier l'hypothèque de la femme et la cession consentie à leur profit. La publicité a, en effet, un double but : d'abord elle annonce aux tiers l'existence de l'hypothèque; la dispense d'inscription n'existait que dans l'intérêt de la femme incapable, elle n'a plus de raison d'être, par conséquent, quand l'hypothèque appartient à un tiers : voilà pourquoi l'hypothèque doit être inscrite en dehors des conditions de l'article 8, c'est-à-dire avant même que le mariage soit dissous. Secondement, la cession elle-même doit être annoncée, non plus dans l'intérêt des ayant cause du mari, mais dans l'intérêt des ayant cause de la femme et en particulier de ceux qui pourraient ultérieurement se faire consentir des cessions de la même hypothèque.

107 *bis*. VII. L'article 9 indique deux modes de publicité distincts, entre lesquels le cessionnaire n'a pas à choisir librement; ils doivent être préférés l'un à l'autre, suivant les circonstances, et le cessionnaire n'est pas contraint de les employer cumulativement, car l'article dit l'inscription *ou* la mention.

L'un de ces modes, c'est l'*inscription*. La loi veut que l'hypothèque

de la femme soit inscrite dès que son droit a passé à un cessionnaire. Dès lors, elle n'envisage que deux hypothèses, celle dans laquelle le cessionnaire prend l'inscription et l'autre dans laquelle l'inscription est préexistante.

Quand il n'existe pas d'inscription antérieure à la cession, le cessionnaire est obligé d'annoncer d'abord au public l'hypothèque de la femme, puis il faut qu'il annonce que cette hypothèque lui a été cédée. L'inscription ne doit donc pas être prise purement et simplement comme elle serait prise par la femme; elle doit contenir des indications spéciales, établissant que les droits de la femme ont passé au cessionnaire. C'est bien la pensée de l'article 9, qui ne parle pas seulement d'une inscription de l'hypothèque, mais d'une inscription prise par les cessionnaires *à leur profit*. Ce qui suppose bien qu'ils y sont spécialement dénommés.

L'autre mode de publicité, c'est la *mention*. Il suppose l'inscription préexistante, la loi le dit, et cela va de soi, puisqu'il s'agit d'une *mention en marge de l'inscription*. L'hypothèque est déjà annoncée au public, il ne s'agit plus que d'annoncer la cession; ce résultat est parfaitement obtenu par une mention indiquant que l'hypothèque a changé de titulaire. Il ne serait pas, du reste, interdit au cessionnaire de prendre une inscription spéciale, au lieu de faire faire une mention en marge d'une inscription préexistante.

107 *bis*. VIII. L'effet de l'accomplissement de l'une ou de l'autre de ces formalités est de saisir le cessionnaire de l'hypothèque à l'égard des tiers, c'est-à-dire de lui permettre d'exercer le droit de préférence de la femme contre les autres créanciers du mari, le droit de suite contre les tiers acquéreurs des immeubles, et d'écarter tout cessionnaire postérieurement inscrit.

107 *bis*. IX. Il faut remarquer en outre que la disposition de l'article 9, sur la nécessité de publier la cession, ajoute une formalité à celles qui sont exigées par l'article 1690 du Code civil, pour le cas où la femme a cédé non seulement son hypothèque, mais sa créance elle-même. En effet, l'article 9 a employé la même expression que l'article 1690; les formalités qu'il impose sont nécessaires pour saisir à l'égard des *tiers;* il n'a pas réservé, comme la loi de 1855 le fait d'ordinaire, sa protection à ceux des tiers qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés conformément aux lois. Donc il ne s'agit pas seulement des créanciers du mari, des

tiers acquéreurs des immeubles; il s'agit encore de tous ceux à qui une cession du droit peut porter un préjudice : c'est ainsi que la loi s'occupe expressément des cessionnaires ultérieurs, et qu'il faut par conséquent l'appliquer aux créanciers chirographaires de la femme, considérés comme tiers par l'article 1690, et qui pourraient invoquer l'inobservation des formalités exigées par l'article 9, pour faire considérer la créance de la femme comme faisant toujours partie du gage imparfait qui appartient en commun à tous ses créanciers.

107 *bis*. X. Nous avons dit, en exposant la théorie de la cession des hypothèques légales des femmes mariées, que la femme cédante ne perd pas entièrement son hypothèque pour l'avoir cédée; que, l'étendue de cette hypothèque ne pouvant être déterminée tant que dure le mariage, il est possible qu'elle eût des droits à exercer après que son cessionnaire aurait été satisfait, parce que l'hypothèque a été ordinairement transférée en vue de garantir une créance déterminée. La femme a donc un intérêt personnel à la conservation de son hypothèque, et par conséquent il faut remarquer que l'accomplissement des formalités de publicité par le cessionnaire ne peut pas profiter à la femme quand elle n'est plus dans les hypothèses où la dispense d'inscription lui est accordée. Par exemple, quand elle devient veuve et qu'elle est soumise à la nécessité de s'inscrire dans l'année, elle ne saurait être dispensée de cette inscription, à raison d'une inscription prise par son cessionnaire. Celui-ci, en effet, n'a pu agir que dans son intérêt propre, et l'acte qu'il a fait ne peut pas profiter à la femme, qui est, par rapport à lui, un tiers. C'est la théorie juridique que traduit la règle *res inter alios acta*. Le texte de l'article 9 en confirme ici l'application; car il présente l'inscription prise par les cessionnaires comme ayant pour effet de *les saisir*, c'est-à-dire qu'il ne considère pas cette inscription comme pouvant produire effet par rapport à d'autres qu'eux-mêmes (1).

107 *bis*. XI. L'effet de l'inscription prise par le cessionnaire ou de la mention faite à son profit en marge d'une inscription préexistante se fait sentir dans les rapports entre les divers cessionnaires. Avant 1855, la préférence appartenait au plus ancien cessionnaire, c'est-à-dire à celui dont le titre avait acquis le plus

(1) V. C. Cass., 5 février 1861. Sirey, 1861, 1, 209; C. Cass., 21 juillet 1863. Sirey, 1863, 1, 489.

anciennement la date certaine. Aujourd'hui, la loi tire les conséquences du système de publicité qu'elle organise, en décidant que le rang des différents cessionnaires dépendra de la date des inscriptions ou mentions. De là résulte pour ceux qui traitent avec la femme une plus grande sécurité, et pour la femme elle-même un accroissement de crédit.

108. Ainsi qu'on l'a dit, les hypothèques des femmes et des mineurs sont dispensées d'inscription, mais en ce sens seulement qu'elles subsistent en général, et prennent rang, indépendamment de l'accomplissement de cette formalité. Du reste, la loi prescrit toujours l'inscription, et c'est aux maris ou tuteurs qu'elle impose l'obligation d'y faire procéder. La sanction de leur obligation consiste naturellement dans leur responsabilité envers les intéressés. Bien plus, pour l'application rigoureuse de cette responsabilité, la loi veut que les maris ou tuteurs soient réputés stellionataires pour le seul fait d'avoir consenti, ou simplement même d'avoir *laissé prendre* privilège ou hypothèque, sans déclaration expresse de l'hypothèque légale qu'ils auraient omis de faire inscrire. V. art. 2136, et à ce sujet 2059. Remarquez au reste que le cas de vente sans déclaration n'étant pas compris dans les termes de l'article 2136, sa disposition rigoureuse ne peut y être étendue. Il est évident d'ailleurs qu'il n'y a pas même raison (v. art. 2193).

108 *bis*. I. Le Code civil, qui a dispensé de l'inscription les hypothèques des femmes, des mineurs et des interdits, souhaite cependant la publicité de ces droits, et il contient une série de dispositions, dont la première se trouve dans l'article 2136, qui tendent à assurer autant que possible la publication des hypothèques légales des incapables.

Pour obtenir ce résultat, il impose à certaines personnes l'obligation de faire inscrire ces hypothèques, et il donne à d'autres le droit de faire remplir cette formalité. La différence entre la situation des ces deux classes de personnes, c'est qu'il existe une sanction contre celles qui *doivent* remplir la formalité de l'inscription et qui ont négligé ce devoir, tandis que par rapport aux personnes

qui *peuvent* seulement faire inscrire l'hypothèque, cette sanction n'existe pas.

108 *bis*. II. Parmi les personnes qui doivent faire inscrire l'hypothèque des femmes, des mineurs et des interdits, la loi met en première ligne le débiteur lui-même. Les maris et les tuteurs sont tenus de requérir l'inscription sur leurs propres biens (art. 2136). Ils doivent remplir cette formalité sans délai, c'est-à-dire dès que le droit de l'incapable est né, dès le commencement du mariage ou de la tutelle s'ils sont propriétaires d'immeubles, ou dès qu'il leur advient postérieurement quelque immeuble qui ne serait pas déjà frappé par une inscription précédemment prise dans l'intérêt de la femme, du mineur ou de l'interdit.

108 *bis*. III. La sanction de cette obligation est établie par l'article 2136, 2e alinéa. Mais le texte de cette disposition est un peu obscur. La peine consiste à être réputé dans un certain cas *stellionataire,* à devoir de ce chef des dommages et intérêts, et le Code ajoutait que le paiement de ces dommages et intérêts pourrait être poursuivi par corps.

Il est nécessaire de s'expliquer sur les conséquences attachées par la loi aux faits qu'elle prévoit, pour bien comprendre la portée et l'effet actuel de l'article 2136.

Le stellionat est défini par l'article 2059. C'est un délit civil qui consiste à vendre ou à hypothéquer un immeuble dont on sait n'être pas propriétaire, à présenter comme libres des biens hypothéqués ou à déclarer des hypothèques moindres que celles dont ces biens sont chargés. Dans les cas prévus par notre article, le mari ou le tuteur sera réputé stellionataire bien qu'il ne se trouve pas exactement dans les termes de l'article 2059; car notre article ne suppose pas que le mari ou le tuteur aura présenté les immeubles comme libres : son silence suffit pour le constituer en faute.

108 *bis*. IV. Parmi les cas qu'embrasse l'article 2136, il en est un qui est très simple : Le mari ou le tuteur consent une hypothèque conventionnelle sans prévenir le créancier qu'il existe une hypothèque légale. Il est réputé stellionataire, bien que, d'après l'article 2059, il eût fallu qu'il niât l'existence d'une hypothèque. Si nous supposions une vente au lieu d'une constitution d'hypothèque, le mari ou le tuteur qui n'aurait pas déclaré l'hypothèque légale ne serait pas stellionataire, parce que le texte de l'article 2136 ne prévoit pas cette hypothèse, et que dès lors il n'est pas possible de

la soumettre à une règle plus rigoureuse que la règle générale (art. 2059). C'est, du reste, avec raison que la loi ne confond pas les deux hypothèses : celle où il s'agit d'une constitution d'hypothèque et celle où il s'agit d'aliénation. Dans le second cas, le tiers surpris par une hypothèque occulte a été imprudent, car il pouvait purger, et c'est parce qu'il n'a pas cette faculté quand il acquiert une hypothèque, que la loi l'a protégé spécialement.

108 *bis*. V. L'article n'a pas seulement envisagé le cas dans lequel le mari ou le tuteur consent une hypothèque conventionnelle; il a traité de l'hypothèse où il *laisserait prendre* privilège ou hypothèque. Ce sont là des termes essentiellement obscurs; car il est bien certain que la loi n'a pas entendu par ces mots frapper le mari ou le tuteur à raison de ce qu'il serait né sur ses immeubles un privilège ou une hypothèque, soit légale, soit judiciaire.

La naissance d'un de ces droits résulte d'un fait dans lequel le mari ou le tuteur joue un rôle tout à fait passif, et qui ne peut dès lors constituer de sa part un délit civil, et d'ailleurs il serait inexact de dire que le créancier qui reçoit de la loi un privilège ou une hypothèque a pris ce privilège ou cette hypothèque, et c'est cependant au fait d'avoir laissé prendre ce droit que la loi attribue les conséquences du stellionat. Il y a plus, en ce qui concerne les privilèges, l'hypothèse est particulièrement difficile à déterminer; car le privilège, par sa nature, prime toutes les hypothèques, même celles des femmes et des mineurs; à raison de cette priorité légale, le créancier privilégié ne souffrira pas de l'existence de l'hypothèque légale non inscrite, et s'il ne souffre pas de la négligence du débiteur, on ne voit pas comment celui-ci pourrait être tenu envers lui à des dommages et intérêts.

108 *bis*. VI. L'article cependant comprend dans sa formule un peu large un certain nombre d'hypothèses, celles dans lesquelles le mari ou le tuteur, sans constituer conventionnellement un droit, s'associe plus ou moins directement à la transmission de ce droit, qu'il faut supposer préexistant. *Exemple :* Il existe sur l'immeuble du mari une hypothèque légale, conventionnelle ou judiciaire, primée par l'hypothèque de la femme. Le mari emprunte, dans les termes de l'article 1250-2°, pour rembourser le créancier garanti par cette hypothèque, et il consent une subrogation du prêteur dans les droits du créancier désintéressé : c'est la subrogation par la volonté du débiteur. On ne peut pas dire que le mari consente une hypothèque,

puisqu'elle existait déjà ; mais il la laisse acquérir par le subrogé, il la laisse *prendre* suivant l'expression de la loi, il commet une faute en ne prévenant pas le subrogé que l'hypothèque sur laquelle il compte sera primée par celle de la femme.

On pourrait appliquer aussi bien l'article à propos d'un privilège ; car l'objection que nous avons tirée plus haut de la nature du privilège qui doit primer toutes les hypothèques n'est qu'une objection spécieuse. Nous l'avons dit en étudiant les privilèges, ils peuvent être primés par des hypothèques, quand ces hypothèques frappaient déjà l'immeuble entre les mains du propriétaire en faveur de qui est né le privilège. Ainsi, l'hypothèque d'une femme grève un immeuble appartenant à son mari ; celui-ci vend l'immeuble et acquiert un privilège de vendeur ; plus tard il subroge dans son privilège un tiers qui lui paye le prix de l'immeuble (art. 1250-1°) : on ne peut pas dire qu'il consente un privilège ; mais il le transmet, il prend part à l'acte par lequel le subrogé acquiert ce privilège : il devait déclarer l'existence de l'hypothèque de la femme.

108 *bis*. VII. Nous n'assimilerons pas à cette espèce celle où le mari vendeur recevrait, en vertu de l'article 1250-2°, le prix de vente en deniers fournis par un prêteur qui se ferait subroger par la volonté du débiteur. Le rôle du mari est alors tout à fait passif : le privilège est certes pris ou acquis en vertu d'un acte auquel le mari prend part ; mais peut-on dire qu'il le laisse prendre, quand il coopère au paiement sans coopérer à la transmission du privilège, puisque cette transmission est faite par le débiteur dans l'acte d'emprunt, et que la quittance ne contient pas, au moins nécessairement, la mention de la subrogation, qui est une conséquence légale de la double opération d'emprunt et de paiement faite par le débiteur ?

108 *bis*. VIII. Dans toutes les hypothèses que nous avons examinées, nous avons vu le mari ou le tuteur ne déclarant pas l'hypothèque de la femme ou du mineur. Nous n'avons pas ajouté aux circonstances qui le font réputer stellionataire, le dol ou au moins la faute. Le Code, en effet, dans l'article 2136, ne paraît pas exiger que le mari ou le tuteur ait eu connaissance de l'hypothèque dont il ne déclarait pas l'existence. Cependant quand la loi, dans l'article 2059, donne la définition du stellionat, elle fait apparaître, au moins dans la première hypothèse qu'elle prend pour type, la condition de mauvaise foi ; on vend ou l'on hypothèque un immeuble

dont *on sait* n'être pas propriétaire. Ce rapprochement entre l'article 2059 et l'article 2136 ne doit pas cependant nous conduire à compléter le second par le premier. Il est clair que l'article 2136 a voulu créer une pénalité spéciale pour un fait qui n'était pas compris dans l'article 2059; il a, dans l'intérêt de la publicité, frappé de la peine du stellionat des personnes qui ne se sont pas rendues coupables du stellionat proprement dit. Cela résulte clairement des termes de deux articles concernant un point que nous avons déjà signalé. D'après l'article 2059, la constitution d'hypothèque ne constitue un stellionat que lorsque le constituant a présenté le bien comme libre, tandis que d'après l'article 2135 le mari ou le tuteur commet le fait prohibé par la loi sans faire aucune déclaration sur la liberté de l'immeuble, mais par cela seulement qu'il ne déclare pas l'hypothèque existante.

L'esprit des deux articles est donc différent, et l'on s'explique que le Code soit plus sévère pour les maris et les tuteurs que pour les débiteurs ordinaires, parce que ces maris et tuteurs sont déjà en faute avant le contrat par lequel ils constituent une hypothèque sur leur bien : ils devaient dès le principe prendre inscription sur leurs propres biens; c'est cette première faute qui aggrave la responsabilité qu'ils encourent par leur négligence lors de la constitution d'une hypothèque ultérieure, et qui suffit pour légitimer la disposition du Code, quelque rigoureuse qu'elle puisse paraître quand on envisage seulement un des deux faits qu'elle régit, c'est-à-dire la constitution d'une hypothèque sans déclaration de l'hypothèque antérieure de la femme ou du mineur.

108 *bis*. IX. La sanction que l'article 2136 avait donnée à l'inaccomplissement des obligations qu'il impose aux maris et aux tuteurs est singulièrement affaiblie aujourd'hui. La conséquence grave du stellionat était, l'article le dit lui-même, d'entraîner la contrainte par corps. Maintenant la contrainte par corps n'existe plus en matière civile : elle est abolie par la loi du 22 juillet 1867, article 1er, et avec cette voie de rigueur a disparu l'intérêt principal qui s'attachait à la détermination des cas de stellionat. On trouve cependant dans nos Codes un certain nombre de dispositions plus ou moins rigoureuses contre les stellionataires, et c'est de l'application de ces dispositions que résultera la pénalité établie par la loi contre les maris et les tuteurs atteints par l'article 2136. Ainsi les stellionataires ne peuvent obtenir ni le bénéfice de cession ni la déclara-

tion d'excusabilité en cas de faillite. (Art. 905 C. Pr., art. 540 C. com.)

109. L'inscription dont il s'agit étant exigée dans l'intérêt public, et son absence pouvant même, en cas d'aliénation, exposer les femmes et les mineurs à perdre leur hypothèque (v. art. 2191, 2195), la loi, pour mieux s'assurer qu'elle ne sera pas omise, étend à diverses personnes le devoir, ou du moins le droit, d'y faire procéder. Ces personnes sont les subrogés tuteurs, le procureur de la République, les parents ou amis, et les femmes ou mineurs eux-mêmes. Mais, à cet égard, il faut remarquer : 1° que pour les subrogés tuteurs, ou même pour le procureur de la République, il y a obligation, et pour les autres personnes, simple faculté; 2° que la responsabilité, suite naturelle de l'obligation, n'est expressément appliquée qu'aux subrogés tuteurs; 3° que la faculté n'est accordée aux amis que pour l'hypothèque des mineurs. V. art. 2137, 2138, 2139.

109 *bis*. I. Les subrogés tuteurs sont tenus de veiller à ce que les inscriptions soient prises, et leur obligation est très sérieusement sanctionnée, puisque leur responsabilité personnelle est engagée. Cette responsabilité personnelle existe d'abord envers le mineur et l'interdit pour les cas où le défaut d'inscription lui porterait préjudice : par exemple au cas où une purge aurait eu pour conséquence, après l'expiration d'un délai de deux mois, de priver l'incapable du droit de s'inscrire. La responsabilité grèverait alors non seulement le subrogé tuteur en fonction lors de la procédure de purge, mais même un subrogé tuteur ayant exercé ses fonctions à une époque quelconque où aurait pu être prise l'inscription et qui aurait cessé d'être subrogé tuteur, par exemple parce qu'il serait mort. Cet événement ne détruirait pas l'obligation résultant de l'inobservation de l'article 2137.

109 *bis*. II. L'inscription des hypothèques des femmes et des mineurs n'est pas seulement voulue par le Code civil dans l'intérêt de ces incapables; c'est surtout aux tiers que la loi veut venir en aide, puisque, dans son système, il est rare que le défaut de publicité nuise à l'incapable. Aussi la disposition de l'article 2139 est-

elle générale : le subrogé tuteur est tenu de dommages et intérêts, sans que la loi restreigne son obligation et la réduise à une dette envers le mineur ou l'interdit; le subrogé tuteur est désigné spécialement par la loi des hypothèques pour remplir une formalité tendant à la publicité; il est responsable envers tous ceux qui souffriraient de sa faute, comme peut être responsable un conservateur des hypothèques quand il a, par sa négligence, causé préjudice à un tiers.

109 *bis*. III. Le procureur de la République fait également partie des personnes auxquelles la loi impose l'obligation de requérir l'inscription (art. 2138). Mais l'article du Code ne sanctionne pas spécialement cette obligation, ainsi que le faisaient les articles précédents. Le procureur de la République est un magistrat, et la loi n'a pas voulu prévoir qu'il négligerait un des devoirs de sa charge. Elle a considéré comme suffisante la garantie résultant de la sanction disciplinaire. Les fonctionnaires sont soumis à la surveillance et à l'autorité hiérarchique des supérieurs, et par conséquent ils ne sauraient, sans dommage pour eux, manquer aux devoirs que leur impose la loi.

109 *bis*. IV. Viennent ensuite les personnes qui peuvent requérir l'inscription sans y être obligées. Le Code les énumère dans l'article 2139. Il est à remarquer que cette énumération comprend les parents du mari et non ceux du tuteur, parce que les parents du mari sont les alliés de la femme et les parents des enfants, tandis que les parents du tuteur ne sont rattachés par aucun lien au mineur ou à l'interdit. Quant aux amis, c'est-à-dire aux étrangers, car quiconque prendra une inscription pour un incapable montrera par cette marque d'intérêt qu'il est son ami, il n'en est question qu'à propos des mineurs et probablement des interdits; mais la loi ne leur donne pas le droit de prendre inscription au nom des femmes mariées. Le Code a pensé que multiplier le nombre des personnes pouvant prendre inscription était moins nécessaire quand il s'agissait des hypothèques des femmes que lorsqu'il était question de celles des mineurs et des interdits, absolument incapables de se protéger eux-mêmes. Il a compris en outre que l'immixtion de prétendus amis dans les affaires du mari et de la femme pouvait avoir des inconvénients au point de vue de l'union des époux.

109 *bis*. V. Nous tirons de cette observation sur les inscriptions que tenteraient de prendre les amis de la femme une conséquence

importante, en ce qui touche une question précédemment examinée. Nous avons dit que le cessionnaire de l'hypothèque d'une femme mariée conserve par son inscription ses propres droits et non ceux de la femme; nous ajoutons qu'il en serait ainsi quand bien même il aurait dans cette inscription déclaré expressément qu'il agissait pour la femme en même temps que pour lui. Il y a des arrêts qui attribuent effet à l'inscription dans cette dernière hypothèse; mais il nous semble que ces décisions ne tiennent pas un compte suffisant de l'article 2139. Les cessionnaires de la femme n'y sont pas indiqués comme pouvant prendre inscription dans son intérêt; ils n'auraient ce droit que si tout étranger pouvait l'avoir. Or, le Code le refuse aux amis, c'est-à-dire aux étrangers; donc l'inscription que prennent les cessionnaires ne peut avoir effet par rapport à la femme. Ils ne sont pas, du reste, ses ayant cause quand il s'agit de conserver l'hypothèque en tant qu'elle profite à la femme; comme ayant cause, ils inscrivent l'hypothèque à leur profit; mais dès qu'ils sont désintéressés, ils ne sont plus que des étrangers. Nous compléterons notre doctrine en décidant que l'inscription prise par un cessionnaire de l'hypothèque ne peut pas profiter aux autres, en quelques termes qu'elle ait été prise; car si l'un des cessionnaires ne représente pas la femme, il représente encore bien moins les autres cessionnaires (1).

110. L'atteinte que porte au crédit des tuteurs ou maris l'inscription des hypothèques légales, rendrait précieuse à ceux-ci la faculté d'y soustraire, par l'effet d'une convention ou d'une autorisation, tout ou partie de leurs biens. Mais cette inscription, quoique la loi n'y subordonne pas ici l'existence de l'hypothèque, est requise dans un intérêt trop précieux pour qu'il puisse être permis de l'omettre ou de la restreindre, si l'hypothèque elle-même doit subsister, et conserver toute son étendue. De là une première idée à laquelle il faut s'attacher, c'est que la convention d'omettre l'inscription ou de la faire porter sur certains biens seulement, en supposant cette convention légale, emporterait virtuellement affranchissement

(1) V. cepend. C. Cass., 2 juin 1858. Sirey, 1858, 1. 433; C. Cass., 25 février 1862. Sirey, 1862, 1, 356.

de l'hypothèque pour les biens que l'inscription ne devrait pas atteindre.

111. Cela posé, la restriction de l'inscription à certains biens du mari, et par suite la restriction de l'hypothèque de la femme à ces mêmes biens, peut être convenue dans le contrat de mariage; toutefois l'hypothèque légale étant, sous certains rapports, considérée comme d'ordre public, le principe de liberté des conventions matrimoniales ne reçoit pas ici son entière application. Ainsi, la loi n'autorise cette convention qu'entre les parties *majeures* (v. pourtant art. 1398); et, dans tous les cas, elle ne permet pas de stipuler l'omission entière de l'inscription, qui emporterait affranchissement de tous les biens du mari. V. art. 2140.

111 *bis*. I. La fin de la section qui vient de parler longuement du rang des hypothèques des femmes, des mineurs et des interdits sur les biens de leurs maris ou tuteurs, est consacrée à donner des règles sur la restriction de ces hypothèques. Il s'agit des mesures tendant à rapprocher le plus possible ces hypothèques des hypothèques spéciales.

La restriction peut être en effet définie : une opération par laquelle le nombre des immeubles hypothéqués à une certaine dette se trouve diminué. Il en sera question dans notre section, et plus tard elle sera envisagée d'une manière plus générale dans les articles 2161, 2162 et 2165. Elle ne doit pas être confondue avec une autre opération également protectrice du crédit du débiteur, la *réduction de l'inscription*. La loi a quelquefois pris l'une des deux expressions pour l'autre; elle n'a pas confondu les deux idées. La réduction de l'inscription, c'est la diminution du chiffre assigné à la créance dans l'inscription, le nombre des immeubles grevés restant le même. Nous en avons parlé sur l'article 2132; il en sera de nouveau question dans les articles 2163, 2164.

111 *bis*. II. La restriction de l'hypothèque des femmes, des mineurs ou des interdits peut être contemporaine de la naissance du droit ou s'opérer postérieurement. La loi en règle les conditions dans ces deux circonstances, d'abord pour l'hypothèque des femmes, ensuite pour celle des mineurs et des interdits.

Quand la restriction de l'hypothèque de la femme a lieu au com-

mencement, c'est une convention; elle fait partie des conventions matrimoniales, c'est-à-dire du contrat de mariage. Elle est par conséquent soumise aux règles de forme qui régissent ce contrat. Elle paraît n'être pas également soumise aux mêmes règles en ce qui concerne la capacité des parties. L'article 2140 suppose en effet la convention faite par les *parties majeures,* tandis que d'après l'article 1398, le mineur habile à contracter mariage est habile à consentir toutes les conventions dont ce contrat est susceptible, pourvu qu'il soit dûment autorisé. La comparaison de ces deux textes donne naissance à une double difficulté, la première sur la capacité requise en la personne du mari, la seconde sur la capacité requise en la personne de la femme.

111 *bis*. III. Quant au mari, il est bien difficile d'exiger qu'il soit majeur; car si tel était le sens de l'article 2140, il dérogerait non seulement à l'article 1398, mais encore, ce qui est plus grave, à cette règle générale en vertu de laquelle les incapables peuvent faire leur condition meilleure, règle qui est appliquée par le Code civil en matière d'obligations par les articles 1108 et 1125. La convention qui restreint l'hypothèque de la femme mariée est tout à l'avantage du mari, et il serait étrange qu'on s'armât de son incapacité de s'obliger ou d'aliéner pour la lui interdire ; à moins qu'on ne présente la restriction de l'hypothèque comme étant, par certains côtés, désavantageuse pour le mari, parce qu'elle compromet les droits de la femme, et que le mari pourra avoir un intérêt indirect à ce que la femme ait conservé son patrimoine, s'il s'est lui-même appauvri.

Cette façon d'envisager l'intérêt du mari ne nous paraît pas conforme à la réalité des choses, car on part de cette idée que le mari est intéressé à entraver actuellement son crédit, en vue des cas où il deviendrait plus tard insolvable, pour avoir, dans cette hypothèse, un créancier hypothécaire plutôt qu'un autre, la femme plutôt qu'un étranger. Le mari n'en sera pas moins débiteur, son patrimoine n'en sera pas moins grevé; donc au point de vue juridique il n'aliène pas un droit, même futur, quand il obtient de sa femme la restriction de l'hypothèque légale.

111 *bis*. IV. La question est plus délicate par rapport à la capacité de la femme. Le texte de l'article 2140 est formel, il exige la majorité, abandonnant ainsi, peut-être à son insu, la règle de l'article 1398. On peut regretter cette dérogation à une disposition

d'une grande utilité pratique, montrer qu'elle aura pour conséquence fâcheuse de diminuer le nombre des mariages entre des propriétaires d'immeubles et des femmes sans fortune; on peut ajouter que si l'on passe à côté du texte de l'article 2140, quand il s'agit de la capacité du mari, on pourrait peut-être en faire autant à propos de la capacité de la femme. Ces raisons sont fortes; mais elles n'ont pas entraîné la jurisprudence, et nous estimons qu'il devait en être ainsi, parce que l'article est trop clair et trop formel pour que l'interprète ait le droit de se soustraire à son application.

112. On applique au tuteur, pour la restriction de l'inscription et, par suite, de l'hypothèque du mineur, la même règle qu'au mari relativement à l'hypothèque de la femme, sauf qu'ici, au lieu d'une convention, c'est un avis des parents en conseil de famille qui opère la restriction. V. art. 2141; et remarquez que cet avis doit naturellement précéder l'entrée en gestion du tuteur : la loi suppose, en effet, qu'il se trouvera dans l'acte même de sa nomination (art. 2143).

112 *bis*. I. La restriction de l'hypothèque légale du mineur ou de l'interdit sur les biens du tuteur résulte d'une délibération du conseil de famille, qui doit être prise lors de la nomination du tuteur : c'est la condition même de la nomination du tuteur; elle empêche l'hypothèque de naître en tant qu'elle frapperait certains biens. Si le tuteur était d'abord nommé sans que le conseil pensât à restreindre l'hypothèque, les biens seraient de plein droit atteints par l'hypothèque générale, et il ne dépendrait plus du conseil de dégrever quelques-uns de ces biens. Il faudrait alors un jugement, aux termes de l'article 2143.

112 *bis*. II. Cette décision suppose que le tuteur est nommé par le conseil, et il résulte du lien qui rattache l'article 2141 à l'article 2143 que le premier de ces articles ne pourrait pas s'appliquer à un tuteur légitime ou à un tuteur nommé par le survivant des père et mère. Si le tuteur est légitime, comme sa vocation ne résulte pas d'une nomination dans un acte, la condition exigée par l'article 2143 est irréalisable; l'hypothèque a frappé de plein droit tous les biens lors de l'ouverture de la tutelle, il faudra nécessairement procéder à la restriction dans les termes de l'article 2143.

On pourrait au contraire trouver que les premiers mots de l'ar-

ticle 2143 recevraient satisfaction au cas de tutelle déférée par le survivant des père et mère, si le survivant, dans l'acte qui contient la nomination du tuteur, exprimait la volonté de restreindre l'hypothèque. La restriction résulterait bien de l'acte de nomination, et l'on pourrait dire que l'hypothèque, au moment de sa naissance, n'a pas frappé les biens exceptés par le père ou la mère. Il y a contre cette solution une objection capitale : c'est que l'article, qui consacre en principe la possibilité d'une restriction au commencement de la tutelle, n'admet pas à l'autoriser d'autres personnes que les parents en conseil de famille, et que par conséquent le père ou la mère qui défère la tutelle n'a pas de titre légal pour diminuer la garantie hypothécaire du mineur. La loi a voulu que cette question fût examinée en temps utile, au moment où s'ouvre la tutelle, et non pas longtemps d'avance, quand le père fait un acte de nomination de tuteur, quand il est incertain sur la fortune qu'il laissera à l'enfant et sur la valeur des biens qui appartiendront au tuteur au moment de son entrée en fonction.

113. Puisque la convention ou l'avis de famille portant qu'il ne sera pris inscription que sur certains immeubles, a pour effet d'affranchir les biens de l'hypothèque, il est évident que les personnes chargées de requérir l'inscription en sont dispensées relativement aux immeubles non indiqués; ajoutons que cette inscription ne pourrait même être utilement requise sur ces immeubles. V. art. 2142.

114. La restriction peut aussi être ordonnée par jugement pendant la durée du mariage ou de la tutelle, lorsque l'hypothèque générale excède notoirement les sûretés suffisantes. La demande du tuteur à cet effet doit être précédée d'un avis de famille et dirigée contre le subrogé tuteur; celle du mari doit être formée du consentement de la femme, et précédée aussi de l'avis d'un conseil de famille, extraordinairement composé des quatre plus proches parents de celle-ci. Dans les deux cas, le jugement est rendu sur les conclusions du ministère public. Remarquons, au reste, qu'au moins à l'égard de l'hypothèque du mineur, la loi n'autorise expressément ce mode de réduc-

tion qu'autant qu'il n'y a pas eu restriction dès le principe. V. art. 2143, 2144, 2145, al. 1.

115. Le jugement qui prononce la réduction éteignant l'hypothèque sur une partie des biens, il est clair que les inscriptions prises sur ces biens seront rayées. V. art. 2145, al. dernier.

115 *bis*. I. Au cours de la tutelle ou du mariage, il est possible de restreindre l'hypothèque légale du mineur ou de la femme. Il faudra alors un jugement précédé d'un avis du conseil de famille quand il s'agit de l'hypothèque du mineur, et quant à l'hypothèque des femmes, le jugement ne pourra être rendu que du consentement de la femme, et après avoir pris l'avis, non pas du conseil de famille, mais d'une réunion composée des quatre plus proches parents de cette femme. La composition extraordinaire de cette assemblée de famille montre bien que la femme ne peut consentir à cette restriction que si elle est majeure. Car si l'on avait jugé possible le consentement d'une femme mineure, on n'aurait pas constitué, à côté du conseil de famille ordinaire, un conseil spécial moins nombreux et moins bien organisé que celui-ci. Il faut, du reste, reconnaître que si la loi exige absolument la majorité de la femme qui consent dans son contrat de mariage à la restriction, elle doit, à bien plus forte raison, être aussi exigeante lorsque cette restriction est consentie en dehors du contrat de mariage.

115 *bis*. II. Ces restrictions judiciaires des hypothèques des femmes et des mineurs ne peuvent être obtenues qu'autant que l'hypothèque n'a pas été restreinte dans l'acte de nomination du tuteur ou dans le contrat de mariage; cela résulte positivement pour l'hypothèque du mineur du texte de l'article 2143, et il y a lieu de considérer l'article 2144, où il est traité de l'hypothèque des femmes, comme conçu dans le même esprit, car il débute par le mot *pareillement*, qui paraît être une sorte de renvoi aux dispositions de l'article précédent. Il est naturel de penser que les rédacteurs du Code civil n'ont pas permis une nouvelle restriction quand il en a été opéré une première; celle-ci, surtout lorsqu'il s'agit de la femme, donne à l'hypothèque comme un caractère conventionnel; de ce caractère il résulte qu'on ne peut porter atteinte à cette hypothèque, ni par un jugement, ni même par une convention, puisque la volonté première a été manifestée dans un contrat de mariage.

115 *bis*. III. Si l'hypothèque déjà restreinte au commencement de la tutelle et du mariage ne peut plus être l'objet d'une nouvelle restriction, elle peut, au contraire, être étendue et porter sur un plus grand nombre d'immeubles ou même redevenir générale. Ici nous ne sommes pas gênés par le texte des articles 2142 et 2143, ni par le caractère conventionnel ou quasi conventionnel de la restriction; nous avons une règle dans l'article 2131, et nous pouvons l'appliquer par analogie à notre hypothèse. Nous l'appliquerons avec moins de difficulté encore à l'hypothèque restreinte par jugement pendant la tutelle ou le mariage.

115 *bis*. IV. Il faut faire une observation importante sur la disposition de l'article 2144. Elle subsiste malgré la règle nouvelle introduite par la loi du 23 mars 1855. La restriction dont parle le Code civil, bien qu'effectuée avec le consentement de la femme, n'est pas la renonciation dont il est question dans l'article 9 de la loi de 1855. Chacun de ces actes a ses conditions d'être particulières. L'acte dont nous nous occupons a pour point de départ une convention avec le mari; elle est faite pour ménager d'une manière générale le crédit du mari, pour dégrever une partie de sa fortune d'une façon absolue; les renonciations de la loi de 1855 sont des actes ayant un caractère relatif; ils sont faits par la femme dans l'intérêt d'un tiers déterminé qui est créancier du mari ou acquéreur d'un de ses biens; le mari en profite, mais indirectement, dans ses rapports avec ce tiers; il n'acquiert pas le dégrèvement général d'un ou de plusieurs biens. C'est parce que l'acte de la femme a un caractère déterminé et spécial, c'est parce qu'elle peut alors en mieux apercevoir les conséquences que la loi l'autorise, sans exiger l'intervention des parents et de la jutice; c'est aussi parce qu'il profite à une personne déterminée que la loi de 1855 le soumet à des conditions de publicité.

CHAPITRE IV.

DU MODE DE L'INSCRIPTION DES PRIVILÈGES ET HYPOTHÈQUES.

116. Sous cet intitulé, la loi réunit les diverses règles de l'observation desquelles dépend la régularité de l'inscription. Ces règles concernent :

1° Le lieu et le temps où l'inscription doit être prise (art. 2146);

2° La manière de l'opérer, et les éléments qu'elle doit contenir (art. 2148-2150, 2153).

Le chapitre contient en outre quelques autres dispositions qui ne se rattachent pas directement au sujet principal, mais qui, se rapportant toujours à l'inscription, trouvent ici leur place plus naturellement qu'ailleurs.

117. A l'égard du lieu, l'inscription étant destinée à faire connaître les charges qui pèsent sur chaque immeuble du débiteur, il est naturel qu'elle soit faite au bureau de la situation (art. 2146, al. 1). Il s'ensuit que l'hypothèque portant sur des biens situés dans le ressort de divers bureaux doit être inscrite autant de fois qu'il y a de bureaux différents.

117 *bis*. Le chapitre IV organise la publicité de l'hypothèque. Il commence par une disposition qui règle le lieu où l'inscription doit être prise et le temps où doit se faire cette inscription.

L'inscription se prend au bureau du conservateur des hypothèques, dans le ressort duquel sont situés les biens hypothéqués.

118. Quant au temps utile pour s'inscrire, il n'y a point, en général, de délai fixé, tant que l'immeuble continue d'appartenir au débiteur. Il importe seulement au créancier de faire diligence, afin d'acquérir un rang avantageux. Que si l'immeuble vient à être aliéné, l'inscription étant une condition du droit de suite (art. 2166), elle devrait, en principe rigoureux, avoir précédé le fait même de l'aliénation. Et toutefois cette rigueur, à laquelle le Code civil s'était certainement tenu, a été modifiée depuis par le Code de procédure. (V. C. Pr., art. 834, et loi du 23 mars 1855, art. 6.)

Au reste, le Code ne s'occupe point dans ce chapitre du cas d'aliénation (1); et c'est sous un autre rapport qu'il détermine un temps après lequel il n'est plus permis de s'inscrire.

(1) C'est au chapitre VI, sur l'article 2166, que nous verrons plus en détail quelle est, sur ce point, la théorie de la loi.

118 *bis*. I. L'inscription ne doit pas être prise à un moment plutôt qu'à un autre; la loi n'a rien précisé sur ce point, si ce n'est à propos des priviléges, et nous nous en sommes déjà expliqué. En matière d'hypothèque, l'intérêt du créancier suffit à le presser, puisque son rang dépend de la date de son inscription. Pour les hypothèques dont le rang est indépendant de l'inscription, le créancier n'a pas d'intérêt; aussi la loi a-t-elle essayé de déterminer d'autres personnes à prendre l'inscription pour lui.

Mais s'il n'existe pas de délai fatal et préfix dans lequel l'inscription doit être prise, il est certains événements qui pourraient déposséder le créancier du droit de s'inscrire, et par conséquent qui lui créent un intérêt considérable à se hâter.

118 *bis*. II. Le premier de ces événements, c'est l'aliénation de l'immeuble par le débiteur; la loi n'en parle pas dans l'article 2146, parce que ce fait intéresse plutôt l'hypothèque en tant que droit de suite qu'en tant que droit de préférence, et le Code se réserve de traiter plus tard des conditions d'exercice du droit de suite. Cependant, même au point de vue du droit de préférence, il faut tenir compte de l'aliénation de l'immeuble hypothéqué. C'est l'inscription qui vivifie l'hypothèque; le droit de préférence ne devient effectif que par l'accomplissement de cette formalité, et cela non seulement par rapport à d'autres créanciers hypothécaires, mais par rapport même aux créanciers chirographaires; l'article 2134 dit que l'hypothèque n'a de rang *entre les créanciers* que par l'inscription; elle ne distingue pas les diverses espèces de créanciers. Comment pourrait-on comprendre que l'acte qui complète, qui confirme l'acquisition du droit de préférence, pût s'accomplir quand le bien a été aliéné par le constituant, c'est-à-dire quand celui-ci ne pourrait plus créer le droit? Nous verrons bientôt dans la suite de l'article 2146 l'indication d'événements qui arrêtent le cours des inscriptions, par cette raison unique qu'on ne peut plus consolider l'acquisition d'un droit de préférence par l'inscription, lorsque celui qui a conféré le droit ne pourrait plus le constituer valablement.

Cette décision sur l'effet de l'aliénation en ce qui concerne les inscriptions de l'hypothèque considérée en tant que droit de préférence ne se confond pas avec celle que donnera plus tard la loi, article 2166, sur l'effet de l'aliénation par rapport aux inscriptions de l'hypothèque considérée en tant que droit de suite. On pourrait comprendre, alors même que des inscriptions ne pourraient plus

être prises avec effet contre l'acquéreur, qu'elles pussent, tant que le prix ne serait pas distribué, conserver sur ce prix le droit de préférence du créancier hypothécaire dans ses rapports avec les créanciers chirographaires ou avec d'autres créanciers hypothécaires inscrits comme lui après l'aliénation. L'article 2166, qui traite du droit de suite, n'éclairerait donc pas suffisamment la question, et c'est ce qui nous a contraint à l'examiner ici spécialement.

118 *bis*. III. Nous avons désigné l'événement qui arrête le cours des inscriptions par le mot *aliénation*. Il faut sur ce point une explication. Dans le système du Code civil, les aliénations d'immeubles produisaient leurs effets *erga omnes*, du jour même où elles avaient été consenties, du jour du contrat. De ce jour, ignoré du public, les créanciers hypothécaires étaient dépouillés du droit de s'inscrire. Telle n'est plus la règle aujourd'hui. La loi de 1855 sur la transcription, par son article 6, a substitué le moment où s'opère la transcription au moment de l'acte d'aliénation. Ses termes sont assez larges pour démontrer clairement qu'il s'agit aussi bien du droit de préférence que du droit de suite. On y lit en effet que, à partir de la transcription, les créanciers privilégiés ou ayant hypothèque ne peuvent prendre *utilement* inscription sur le précédent propriétaire. L'inscription a une double *utilité* : elle conserve le droit de préférence et le droit de suite; si, prise après la transcription, elle n'est plus utile, c'est que le créancier n'a plus même son droit de préférence.

Il résulte, du reste, de ce texte que l'inscription peut être prise utilement jusqu'à la transcription et par conséquent dans l'intervalle entre l'acte d'aliénation et la transcription; c'est l'application du système général de la loi de 1855, qui ne veut pas que le public puisse être dépouillé de ses droits par des actes qu'il n'a pas été mis à même de connaître. Le résultat pratique de la disposition de la loi de 1855, c'est qu'un prêteur prudent qui s'est fait donner une hypothèque ne doit pas livrer l'argent prêté avant d'avoir pris son inscription et de s'être assuré qu'aucune transcription n'est survenue qui la rendrait inutile.

119. Maintenant, il faut se rappeler qu'il existe, au profit de tout créancier, un droit de gage sur les biens du débiteur; droit de gage improprement dit, puisqu'il peut s'évanouir ou

se modifier par l'effet des aliénations ou de toute autre disposition faite par le propriétaire. Mais il doit venir une époque où le débiteur insolvable n'ayant plus la faculté de disposer au préjudice de ses créanciers, il y a réellement pour ceux-ci droit acquis à une portion du prix des biens. Alors, évidemment, ce droit ne peut recevoir aucune atteinte par l'établissement d'une préférence au profit de quelques-uns d'entre eux.

Tel est l'effet de la faillite, tel doit être également l'effet de la mort du débiteur, lorsque sa personne n'est pas continuée par un héritier pur et simple.

Bien plus, en ce qui concerne la faillite, la crainte des fraudes de la part d'un débiteur qui, prévoyant cet événement, voudrait favoriser quelques créanciers au préjudice des autres, a depuis longtemps fait admettre la nullité de certains actes, et notamment des constitutions d'hypothèques qui précéderaient de moins de dix jours la faillite publiquement connue. (Déclaration du 18 novembre 1702.)

Ces principes combinés avec le système de notre législation, qui subordonne à l'inscription l'efficacité du privilège ou de l'hypothèque, expliquent la disposition du Code qui refuse effet aux inscriptions :

1° En cas de faillite, si elles sont prises dans le délai pendant lequel les actes faits avant l'ouverture sont déclarés nuls;

2° En cas de mort du débiteur, quand l'inscription prise par l'un des créanciers de la succession ne l'est que depuis l'ouverture, si la succession n'est acceptée que sous bénéfice d'inventaire; ajoutons, à plus forte raison, si elle ne l'est pas du tout. V. art. 2146.

Cette disposition demeure en pleine vigueur pour ce qui concerne le cas de succession; mais, quant au cas de faillite, la faculté de s'inscrire, bien que soumise pour le temps qui précède à quelque modification, ne cesse aujourd'hui que par le jugement déclaratif de la faillite. (C. comm., art. 448.)

119 *bis*. I. Le second événement qui prive les créanciers du droit

de s'inscrire, c'est la mort du débiteur, suivie d'une acceptation bénéficiaire de la succession.

On a quelquefois expliqué cette disposition en présentant l'acceptation bénéficiaire comme un fait qui fait présumer l'insolvabilité du débiteur, et en attribuant au législateur l'intention d'empêcher que les créanciers qui sont plus voisins du domicile du défunt, plus au courant de ce qui advient par rapport à sa succession, ne puissent profiter de ces avantages pour acquérir la priorité sur d'autres créanciers moins bien renseignés. Cette explication, qui paraît contenue en germe dans le paragraphe 119 de M. Demante, n'est pas satisfaisante, d'abord parce qu'elle prend pour point de départ d'une présomption d'insolvabilité un acte qui est quelquefois commandé par la loi (art. 461 : l'héritier mineur ne peut accepter que sous bénéfice d'inventaire); ensuite, et ceci est plus grave, parce qu'elle donne à la présomption d'insolvabilité plus d'effet qu'à l'insolvabilité elle-même. Sauf le cas de faillite, l'insolvabilité même notoire du débiteur ne porte aucune atteinte au droit de s'inscrire; le créancier plus vite instruit des événements est le plus diligent, et n'est-ce pas la règle, en matière d'hypothèques soumises à l'inscription, que la priorité appartient au plus diligent?

Il faut donc chercher à la loi un autre motif; sa décision découle d'une idée que nous exposions en parlant de l'aliénation de l'immeuble hypothéqué et qui se résume ainsi : l'inscription est comme la confirmation de l'hypothèque; or la confirmation ne peut pas avoir lieu quand la constitution serait impossible. L'héritier bénéficiaire ne pourrait pas, sans abdiquer sa qualité, constituer une hypothèque; or la loi ne peut pas le dépouiller de sa qualité parce qu'un créancier prendrait une inscription; donc l'inscription ne peut pas avoir l'effet confirmatif qu'elle a par nature, puisqu'elle a pour but de faire naître d'une façon effective le droit de préférence.

119 *bis*. II. Cette appréciation de la raison d'être de l'article 2146, en tant qu'il parle de l'acceptation bénéficiaire des successions, n'est pas dénuée d'intérêt. Elle nous conduit : 1° A décider qu'il n'y a pas à distinguer entre l'acceptation bénéficiaire spontanée et celle qui est faite par des mineurs. Quant à celle-ci, si l'on prend pour base de la loi la présomption d'insolvabilité, il est assez difficile de la considérer comme empêchant la prise des inscriptions, ce qui contraint à admettre une distinction qui n'est pas dans la loi. Nous

plaçons au contraire toutes les acceptations bénéficiaires sur le même plan, parce que, volontaires ou forcées, elles empêchent toujours l'héritier ou ceux qui le représentent de constituer des hypothèques sur les biens héréditaires.

2° Il résulte de notre manière d'expliquer la règle sur l'acceptation bénéficiaire, que nous ne devons pas l'appliquer au cas de renonciation. On a cependant quelquefois raisonné *à fortiori* de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire à la renonciation. Car si l'on part d'une présomption d'insolvabilité, elle serait certainement plus énergique quand la succession est répudiée que quand elle est acceptée même bénéficiairement.

Nous n'arrivons pas à ce résultat, puisque nous expliquons l'article autrement, et notre décision a cet avantage qu'elle n'ajoute rien à la loi. Il serait en effet bien étrange que le Code eût oublié le cas de renonciation, quand il parle d'une hypothèse si voisine, celle de l'acceptation bénéficiaire, et le silence de la loi a dû être intentionnel. Il l'est en effet, et, à notre sens, la loi ne pouvait pas sans inconséquence assimiler ici l'acceptation bénéficiaire à la répudiation. La renonciation fait disparaître le renonçant, qui est censé n'avoir jamais été héritier; un autre héritier est appelé qui, s'il accepte, sera censé avoir toujours été héritier. Donc, au point de vue de la situation respective de la succession et des créanciers hypothécaires, toute la question est de savoir si l'héritier appelé à défaut du renonçant acceptera purement ou sous bénéfice d'inventaire; s'il renonce, il faut savoir le parti que prendra l'héritier du degré subséquent, et tant que le sort de la succession est ainsi en suspens, le sort des inscriptions est incertain. C'est seulement quand la succession, de renonciation en renonciation, devient vacante, qu'on peut dire que l'hypothèse devient semblable à celle où il s'est produit une acceptation bénéficiaire. La vacance de la succession empêcherait la prise des inscriptions; c'est probablement ce que signifient dans le n° 119 de M. Demante ces mots : ajoutons, à plus forte raison, si elle ne l'est pas du tout.

119 *bis*. III. C'est, nous venons de le dire, la situation définitive de l'héritier par rapport à la succession qui détermine si les créanciers ont pu prendre valablement inscription postérieurement à l'ouverture de cette succession. Pour être logique, il faut de là tirer cette conséquence, que si l'héritier qui a d'abord accepté sous bénéfice d'inventaire vient à faire acte d'héritier, ce qui est certaine-

ment son droit, et s'il se trouve ainsi héritier pur et simple, l'article 2146 ne sera plus applicable, parce qu'il résultera des faits que définitivement on n'est plus en face d'une succession bénéficiaire, mais d'une succession acceptée purement et simplement.

119 *bis*. IV. Les successions ne sont pas toujours dévolues à un héritier unique; d'après notre système successoral, l'hypothèse est même assez rare, et cependant la loi semble n'avoir aperçu qu'une seule espèce, précisément celle où le défunt ne laisse qu'un héritier. De là naîtra certainement une difficulté quand, le défunt ayant laissé plusieurs héritiers, ceux-ci ne prendront pas tous le même parti, les uns acceptant purement et les autres bénéficiairement; nous ne parlons pas de ceux qui renonceraient, puisque leurs parts accroîtraient celles de leurs cohéritiers.

Nous ne pensons pas qu'on puisse appliquer l'article, au cas d'acceptation bénéficiaire d'un héritier sur plusieurs, comme il s'applique quand cet acceptant est unique héritier. Le texte même de l'article ne le permettrait pas, car l'événement qui prive les créanciers du droit de s'inscrire se produit d'après ce texte : quand la succession n'est acceptée que par bénéfice d'inventaire. Or, notre droit admettant la division de plein droit de la vocation héréditaire, si un des héritiers, appelé à un quart, accepte bénéficiairement, ce n'est pas la succession qui est acceptée ainsi, c'est le quart de la succession; nous ne sommes plus dans les termes de l'article.

Pour arriver à établir que l'acceptation bénéficiaire d'un seul héritier empêche absolument la prise des inscriptions, on est obligé d'aller plus loin et de porter une atteinte très grave aux droits des acceptants héritiers purs et simples, en décidant que ceux-ci ne peuvent pas, jusqu'à la liquidation de la succession, grever d'hypothèques, même pour leurs parts, les biens de la succession, parce que l'acceptation sous bénéfice d'inventaire fixerait, à l'égard de tous les héritiers, le sort de tous les créanciers du défunt ainsi que l'état de ses biens, en un mot produirait une séparation des patrimoines à l'égard même des héritiers purs et simples (1).

Il nous paraît que ces raisonnements et leur résultat sont inadmissibles : ils dénaturent entièrement l'acceptation bénéficiaire; c'est l'acte d'un des héritiers; comment peut-il produire des effets

(1) V. C. Cass., 18 nov. 1833. Sirey, 1833, 1, 817.

préjudiciables aux autres? Son effet légal n'est pas de mettre en quelque sorte sous la main de justice la succession, de la soumettre à une administration analogue à celle des biens d'un failli, encore moins de produire ce résultat sur un ensemble de biens dont l'acceptant sous bénéfice d'inventaire n'a qu'une part. L'article 802 indique les effets du bénéfice d'inventaire et les réduit à deux faveurs pour l'héritier : n'être pas tenu des dettes *ultra vires;* ne pas confondre ses biens personnels avec ceux de la succession. Quand il y a plusieurs héritiers, que certains d'entre eux ont accepté purement, qu'ils sont tenus des dettes *ultra vires* et qu'ils confondent leurs biens avec ceux du défunt, il faut bien, s'ils subissent les inconvénients de l'acceptation pure et simple, qu'ils ne supportent pas en même temps ceux de l'acceptation bénéficiaire. Il est vrai qu'il sera fait un inventaire de toute la succession; mais la rédaction de cet acte n'implique pas nécessairement une séparation des patrimoines; car il n'est pas rare que, dans le délai de trois mois et quarante jours pendant lequel l'héritier délibère, il fasse l'inventaire, qu'il se décide ensuite pour l'acceptation pure et simple, sans que la rédaction de l'inventaire crée de plein droit en faveur des créanciers une séparation des patrimoines.

Il nous faut donc appliquer l'article 2146 en tenant compte des principes sur la division des hérédités entre les héritiers, et sur le caractère individuel du parti que chaque héritier prend par rapport à la succession. L'inscription est prise, nous le supposons, par un créancier de la succession, sur le défunt (art. 2149) ou sur tous les héritiers désignés nommément, l'hypothèse est la même; elle doit produire un effet divisé comme la propriété qu'elle frappe. C'est-à-dire qu'elle sera utile en tant qu'elle affecte la part de propriété de l'héritier pur et simple, qu'elle ne produira aucun effet en tant qu'elle affecte la part de propriété de l'héritier bénéficiaire. Nous ne violons pas, en donnant cette décision, la règle sur l'indivisibilité de l'hypothèque, car cette règle signifie qu'une hypothèque qui a frappé pour le tout un immeuble entre les mains du débiteur ne se fractionne pas quand, ce débiteur étant mort, un héritier, débiteur seulement d'une part de la dette, devient propriétaire de la totalité du bien hypothéqué. Telle n'est pas notre espèce; l'hypothèque, n'ayant pas été vivifiée par l'inscription du vivant du débiteur, ne peut après sa mort saisir par une inscription les immeubles de la succession que parce qu'ils appartiennent à un

héritier représentant le défunt; or l'héritier qui n'accepte la succession que pour un quart ne représente le défunt que dans cette proportion, et sa part du bien ne peut être atteinte par l'inscription que pour la part pour laquelle il représente ce défunt. Quand le défunt n'a pas de représentant, quand tous les héritiers sont bénéficiaires ou quand la succession est vacante, on admet que l'hypothèque constitutée par lui tombe, ne pouvant être inscrite; quand il n'a qu'un représentant partiel, l'hypothèque devient inutile en partie; elle est conservée pour une autre partie par l'inscription qui frappe la part de l'héritier pur et simple.

A un autre point de vue, pourrait-on nous opposer le caractère indivisible de l'hypothèque et alléguer qu'elle doit exister sur le tout et sur chaque partie du bien, *tota in toto et in qualibet parte?*

Nous ferons observer que ce caractère, consacré par l'article 2114, est un caractère naturel à l'hypothèque et non pas essentiel; la loi est précise sur ce point : Elle est de *sa nature* indivisible et subsiste en entier sur tous les immeubles affectés, sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles. Le texte emploie une expression dont le sens technique n'est pas douteux, elle est de *sa nature;* elle ajoute que l'hypothèque subsiste sur le tout et chaque partie, sans dire qu'elle ne peut subsister que dans ces conditions. Nous sommes donc autorisé à ne pas nous attacher rigoureusement à l'article 2114, quand il nous paraît que dans une certaine hypothèse, la combinaison de certaines règles de droit conduit à ne pas tenir compte du caractère d'indivisibilité de l'hypothèque.

119 *bis*. V. Voilà donc l'hypothèque valablement inscrite pour une part de la dette, sur la part de propriété indivise de l'héritier pur et simple; survient le partage, nous appliquerons alors l'article 883. Si l'immeuble tombe au lot de cet héritier, il aura été hypothéqué tout entier à la part de dette que celui-ci devait supporter d'après l'article 873. Si l'immeuble tombe au lot de l'héritier sous bénéfice d'inventaire, il est dégrevé de l'hypothèque, comme ayant toujours appartenu à l'héritier bénéficiaire. On pourrait essayer cependant de repousser cette application de l'article 883, en faisant remarquer que la fiction consacrée par cet article est destinée à protéger chaque héritier contre les ayant cause des autres, mais non pas contre les ayant cause du défunt. On dirait : Le créancier hypothécaire est ayant cause du défunt. Ce qui nous paraît détruire cette objection, c'est que d'après le système qui

nous semble sortir de l'article 2146, l'inscription est considérée comme une confirmation de l'hypothèque; elle ne peut être prise quand le débiteur ne pourrait pas consentir une constitution. Dès lors, si l'hypothèque puise sa force dans une sorte de confirmation émanée de l'héritier, on peut bien dire que le créancier reçoit ses droits de cet héritier, et que l'application de l'article 883 est nécessaire, puisqu'elle protégera l'un des héritiers, l'héritier bénéficiaire en la personne de ses créanciers contre les droits nés pendant l'indivision du chef de l'autre.

119 *bis*. VI. L'indivision pourrait n'avoir pas fini par un partage; il pourrait arriver que les immeubles eussent été licités et que le bien ou les biens hypothéqués eussent été adjugés à un adjudicataire étranger: l'acte serait alors une vente, l'adjudicataire serait l'ayant cause des divers propriétaires, et l'article 883 deviendrait inapplicable; par suite, sur la part de l'héritier pur et simple, l'inscription produirait son effet, et elle n'en produirait pas sur la part de l'héritier bénéficiaire.

119 *bis*. VII. Il y a une hypothèse que nous n'avons point examinée : celle où la succession dévolue à plusieurs héritiers est acceptée purement et simplement par tous. Il est bien certain que rien ne fait obstacle à la prise des inscriptions. Il n'en faut pas moins rechercher quel effet elles peuvent produire, selon qu'elles auront été prises pendant l'indivision ou après la cessation de l'indivision.

Si l'on se place pendant l'indivision, on pourrait être tenté de décider que l'hypothèque, bien que valablement inscrite, et frappant toutes les parts indivises de la propriété, ne doit atteindre chaque part que proportionnellement à ce que chacun des héritiers doit supporter dans la dette. On partirait de l'idée que si l'hypothèque est indivisible, ce n'est qu'autant que, à un jour donné, elle a frappé pour la totalité de la créance l'immeuble hypothéqué, et l'on ferait remarquer qu'au moment où l'hypothèque saisit l'immeuble par l'inscription, la dette est déjà divisée entre les héritiers, ce qui ne permet pas de faire fonctionner le principe d'indivisibilité. Nous ne croyons pas ce raisonnement exact; il néglige trop le fait principal qui donne naissance à l'hypothèque, nous voulons dire l'acte de constitution; il exagère l'importance de l'inscription, qui est tout au plus une confirmation et non une création; il faut laisser à chacun de ces deux faits sa part d'influence. Or, le premier a été

accompli par le défunt, débiteur de la totalité de la dette; donc l'hypothèque est née une, s'appliquant à toute la dette; quand elle se vivifie par l'inscription après la mort du débiteur, alors que ce débiteur est intégralement représenté par plusieurs héritiers qui tous ont accepté purement et simplement, l'inscription doit avoir autant de valeur que si elle avait été prise sur le défunt lui-même de son vivant; elle ne doit pas dénaturer l'hypothèque qui garantissait la créance dans son unité.

119 *bis*. VIII. Après le partage, chaque héritier étant loti, l'inscription peut toujours être prise; mais nous ne pensons pas qu'elle puisse conserver sur le bien échu à l'un des héritiers, l'hypothèque pour la créance tout entière. Elle ne peut conserver que sa part de la dette. Cet héritier est censé avoir succédé seul et immédiatement au défunt quant à cet immeuble; néanmoins il ne réprésente le défunt que pour une part; lors donc qu'une inscription est prise sur l'immeuble qui lui appartient exclusivement, elle ne peut pas être prise du chef de ses cohéritiers; c'est donc comme une inscription qui, du vivant du défunt, aurait été prise seulement pour une fraction de la créance; elle ne garantirait que cette fraction. L'hypothèque ne frappait pas l'immeuble d'une façon effective quand il est entré, au décès, dans le patrimoine de l'héritier; quand l'inscription est prise, elle ne frappe plus un immeuble héréditaire, mais un immeuble appartenant à Pierre, héritier pour un quart. Son immeuble ne peut pas être atteint par une hypothèque pour un chiffre supérieur à celui de sa dette. Le cas de l'article 873 n'est pas celui-là; c'est le cas où l'hypothèque avait atteint l'immeuble d'une manière effective pour la totalité de la dette pendant la vie du débiteur primitif. Nous le ferons remarquer, du reste, en terminant; il faut bien qu'à un moment quelconque l'héritier ne soit plus chargé de la part de dettes de ses cohéritiers, sinon les successions ne seraient jamais liquidées. Ce moment, c'est celui du partage. C'est alors qu'il devient très dangereux d'imposer à l'un des héritiers la charge de faire, pour ses cohéritiers, l'avance de leurs parts dans les dettes quand les dettes n'ont pas été connues de lui par des inscriptions prises avant le partage.

119 *bis*. IX. La succession, bien qu'ayant été acceptée purement et simplement, peut se rapprocher d'une succession bénéficiaire, quand les créanciers héréditaires demandent contre ceux de l'héritier la séparation des patrimoines (article 878). Néanmoins il ne

faut pas confondre ce cas avec celui d'acceptation sous bénéfice d'inventaire ; si cette acceptation produit une sorte de séparation des patrimoines, il n'en faut pas conclure que la séparation des patrimoines produise le bénéfice d'inventaire, et il serait dangereux d'appliquer à la succession qui a été l'objet d'une séparation de patrimoines les règles qui régissent la succession bénéficiaire. La séparation établit une cause de préférence en faveur des créanciers héréditaires contre les créanciers de l'héritier; mais elle n'attribue pas de droit aux créanciers héréditaires les uns contre les autres. Ils conservent entre eux la situation respective qu'ils avaient du vivant de leur débiteur ; les créanciers chirographaires ne peuvent pas, en prenant plus vite les uns que les autres l'inscription exigée par l'article 2111, acquérir une cause de préférence. Mais aussi les créanciers qui ont reçu du défunt une hypothèque conservent le droit d'être préférés aux chirographaires moyennant qu'ils prennent une inscription. Notre théorie qui assimile l'effet de l'inscription à l'effet d'une confirmation de l'hypothèque ne contrarie pas la solution que nous donnons à cette question spéciale. Car l'héritier ayant accepté purement pourrait constituer l'hypothèque, il n'en serait empêché que par la séparation des patrimoines; mais cette séparation ayant en quelque sorte pour objet de régler la situation comme si le débiteur n'était pas mort, l'inscription pourrait certainement être prise comme du vivant de ce débiteur. Donc, soit que l'on considère la réalité des faits, soit que l'on s'attache à la fiction, l'inscription est prise utilement. Dans la réalité, l'héritier ayant accepté purement, il n'y a pas d'obstacle à l'inscription ; d'après la fiction, le débiteur primitif n'étant pas mort, l'article 2146 n'est pas applicable.

120. A ce sujet, il convient d'exposer ici plus complètement et suivant les diverses phases de la législation, les obstacles apportés à la constitution des différents droits de préférence, par l'état de faillite du débiteur.

La disposition du Code civil uniquement relative à l'inscription n'avait, comme on voit, d'application qu'aux droits qui se conservent ou qui prennent rang par l'inscription : ainsi elle ne concernait pas tous les priviléges et hypothèques; elle ne s'appliquait ni aux priviléges sur les meubles, ni aux privi-

lèges généraux dispensés d'inscription par l'article 2107, ni aux hypothèques légales des femmes et des mineurs.

Du reste, cette disposition avait cela de rigoureux qu'elle pouvait frapper d'inefficacité, par l'impossibilité de les inscrire utilement, soit des hypothèques valablement constituées, dans un temps que n'atteignait pas la présomption de fraude; soit des privilèges attachés par la loi elle-même à des créances non suspectes. La rigueur surtout est manifeste à l'égard des privilèges pour l'inscription desquels la loi accorde un délai (art. 2109, 2111), puisque le créancier privilégié pouvait se trouver ainsi privé du bénéfice de ce délai, avant l'expiration duquel il ne saurait encourir le reproche de négligence. Enfin, si l'on eût pris la loi à la lettre, elle aurait amené une injustice, bien loin, sans doute, de la pensée du législateur, en frappant nécessairement d'inefficacité les privilèges dont la cause même serait née depuis l'époque où l'inscription ne pouvait plus être utilement prise (1).

L'application de l'article 2146 devint plus rigoureuse encore lorsque le Code de commerce de 1808 donna aux juges le pouvoir de fixer rétroactivement l'époque de l'ouverture de la faillite, et de la faire remonter, suivant les cas, même jusqu'au premier protêt. Ainsi, le délai qui, dans la pensée du législateur du Code civil, ne devait s'appliquer qu'aux dix jours précédant la publicité de la faillite, se trouva avoir pour point de départ un temps souvent bien antérieur à cette publicité.

Mais là ne se borna pas la sévérité de cette législation; elle établit en principe que nul ne pourrait, dans le délai de dix jours ainsi calculé, acquérir privilège ni hypothèque sur les biens du failli. (C. comm. de 1808, art. 443.)

(1) On sent combien il serait injuste que des biens entrés dans le patrimoine du débiteur dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite, soit par l'effet d'une vente, soit par l'effet d'un partage, devinssent le gage commun des créanciers, à l'exclusion des privilèges du vendeur et du copartageant ; ou bien encore que les créanciers du failli profitassent de la plus-value résultant de constructions ou réparations, à l'exclusion du privilège des entrepreneurs et ouvriers, et cela sans que les créanciers privilégiés eussent eu un seul instant le moyen de conserver leur droit. (Note de M. Demante.)

Cette règle qui, à la différence de l'article 2146, atteignait les privilèges et hypothèques, même dispensés d'inscription, comprenait indistinctement dans ses termes les privilèges généraux ou particuliers sur les meubles comme sur les immeubles, et les hypothèques légales aussi bien que les judiciaires et les conventionnelles.

Toutefois, à la vue des conséquences étranges qui seraient résultées d'une application littérale, la doctrine avait borné cette application, en ce qui concerne les privilèges sur les meubles, au seul privilège du gagiste (art. 2073, 2102-2°); quant aux privilèges sur les immeubles, la défense de les acquérir ne s'entendait que de la défense de les rendre efficaces par l'inscription, et sous ce rapport l'article 443 n'était regardé que comme reproduisant la règle posée par l'article 2146 du Code civil. On voit que, dans ce système, il se trouvait forcément sans application aux privilèges dispensés d'inscription (art. 2107). La même interprétation devait, selon nous, s'étendre aux hypothèques; et, de cette manière, les hypothèques dispensées d'inscription auraient échappé à la règle de l'article 443, parce qu'elles ne tombaient pas sous l'application de l'article 2146; toutefois, ce dernier point était fort contesté.

Dans cet état de choses une réforme était désirable, soit pour faire cesser les incertitudes, soit aussi pour compléter sous certains rapports, et restreindre sous certains autres, la rigoureuse sévérité des deux législations précédentes.

Cette réforme a été heureusement opérée par la loi du 28 mai 1838, substituée au livre III du Code de commerce.

Cette loi, en exigeant pour l'ouverture de la faillite une déclaration judiciaire, maintient les tribunaux dans le droit de déterminer par le même jugement ou par un jugement ultérieur l'époque à laquelle a eu lieu la cessation de paiements qui produit l'état de faillite. (C. comm., art 437.) V. C. comm., art. 440, 441.

Elle annule en conséquence, relativement à la masse des

créanciers, certains actes du débiteur, par cela seul qu'ils auraient été faits depuis l'époque ainsi déterminée ou dans les dix jours qui l'auront précédée; et parmi ces actes elle comprend naturellement les constitutions de droit de préférence, auxquelles elle assimile avec raison le droit d'antichrèse, mal à propos omis par la législation précédente; mais sa disposition ne s'applique pas indistinctement, comme l'article 443 du Code de 1808, à toute acquisition de privilège ou d'hypothèque; elle n'embrasse que les constitutions d'hypothèques conventionnelle ou judiciaire, et de droits d'antichrèse ou de nantissement (c'est-à-dire de gage). Encore n'empêche-t-elle pas de constituer ces divers droits, comme conditions de nouvelles obligations contractées sans fraude (v. à ce sujet C. comm., art. 447). Elle défend seulement de les constituer pour dettes *antérieurement* contractées. V. C. comm., art. 446.

La même loi fait cesser la rigueur de l'article 2146, qui empêchait de vivifier par l'inscription, dans les dix jours précédant l'ouverture de la faillite, les privilèges et hypothèques d'ailleurs valablement acquis. Elle permet de les inscrire jusqu'au jour du jugement déclaratif. Seulement, si l'inscription est prise après l'époque de la cessation de paiements ou dans les dix jours qui précèdent, elle est, non pas nulle de plein droit, mais susceptible d'être annulée, à raison du retard que le créancier aurait mis à la prendre après la constitution de son droit; car ce retard peut faire supposer un accord frauduleux avec le débiteur, à l'effet de ménager son crédit, jusqu'à l'époque de sa faillite. Le délai constitutif de ce retard est de quinzaine, sauf augmentation à raison des distances. V. C. comm., art. 448.

120 *bis*. I. Quand il s'agit d'examiner l'influence de la faillite du débiteur sur les privilèges et hypothèques nés de son chef, il y a deux points qu'il faut examiner très distinctement : la constitution du droit et son inscription. L'article 2146 ne s'occupe que du dernier.

Le premier point est réglé par le Code de commerce (art. 446), dont les dispositions sont expliquées assez complètement dans le texte n° 120, par M. DEMANTE, pour qu'il ne soit pas nécessaire d'y revenir.

Nous ne parlerons donc que de l'inscription. Quelle est l'influence de la faillite sur le droit d'inscrire des hypothèques nées du chef du failli? Bien entendu, il ne s'agit pas d'inscrire des hypothèques atteintes par l'article 446 C. comm. Elles seraient nulles, et il n'y aurait pas besoin de statuer sur le sort des inscriptions.

120 *bis*. II. Il est nécessaire d'exposer historiquement la législation relative aux inscriptions prises sur les immeubles d'un failli. Le plus ancien document sur ce point, c'est le Code civil; la déclaration de 1702 n'en pouvait pas parler, puisque cette formalité n'était pas alors exigée. Le Code civil déclare que les inscriptions ne produisent aucun effet si elles sont prises dans le délai pendant lequel les actes faits avant l'ouverture des faillites sont déclarés nuls. Ce délai, à l'époque de la rédaction du Code, n'était déterminé que par la déclaration de 1702 : il était de *dix jours avant la faillite publiquement connue*. D'après le Code, par conséquent, les inscriptions étaient nulles quand elles avaient été prises depuis la faillite ou dans les dix jours qui précédaient la faillite notoire. Le Code de commerce de 1807 n'a pas parlé des inscriptions; mais par sa combinaison avec l'article 2146, il a notablement aggravé la rigueur de ce dernier article. En effet, depuis 1807, le délai auquel l'article 2146 fait allusion, c'est un délai de dix jours avant l'*ouverture de la faillite*, et cette ouverture peut être fixée par le tribunal à une époque antérieure à celle où la faillite a été publiquement connue. (Art. 441 et 444 de l'ancien Code de commerce.)

Cette aggravation de rigueur était d'autant plus injuste dans certaines hypothèses, que, d'après le Code civil, les tribunaux n'étaient pas appréciateurs des faits; la règle était : l'inscription ne produit aucun effet. La bonne foi était frappée comme la mauvaise, et notamment les créanciers qui avaient un privilège et qui jouissaient d'un délai pour s'inscrire aux termes des articles 2109 et 2111 du Code civil perdaient leurs droits, faute d'inscription valable, lorsque leur inscription se trouvait prise dans le délai fatal déterminé par le Code de commerce.

120 *bis*. III. Le Code de commerce de 1838 a évité cette rigueur injuste en faisant des distinctions; pour les comprendre, il faut se

rendre compte des motifs sur lesquels s'appuie la nullité des inscriptions. Il semblerait d'abord que l'inscription doit suivre le sort de l'hypothèque; que dès lors, si la constitution de l'hypothèque n'est pas frauduleuse, l'inscription ne doit pas être suspecte. Cependant, le contraire peut arriver. Un créancier complaisant pourrait peut-être ne pas publier son hypothèque, la garder secrète, et comme en réserve, jusqu'à la veille de la faillite; il procurerait ainsi au débiteur un crédit mensonger; il exposerait ceux qui, ne voyant pas que les immeubles étaient grevés, auraient eu confiance dans le débiteur, à perdre le montant de leurs créances. Il y a plus, ce n'est pas toujours la complaisance d'un véritable créancier qui est à craindre, c'est la connivence d'un créancier fictif d'autant plus disposé à ne pas gêner le débiteur par une inscription, qu'il n'a pas une hypothèque sérieuse à sauvegarder. La loi de 1838 évite ces calculs frauduleux, en exigeant que l'inscription de l'hypothèque soit prise dans un bref délai après la naissance du droit, quinze jours. Si elle est prise dans la quinzaine, elle est inattaquable; si elle est prise après cette quinzaine, et que de plus elle se place dans le délai qui comprend toute la période qui s'écoule depuis la cessation des paiements et les dix jours qui précèdent, le créancier a aidé par sa négligence ou par sa complicité active à tromper les tiers, et la loi ne traite pas son inscription comme inattaquable.

Elle ne l'annule pas, toutefois, abandonnant ainsi le système de l'article 2146, qui déclarait d'une façon absolue que les inscriptions qu'il visait ne produiraient aucun effet. L'article 448 formule sa règle ainsi : elles pourront être déclarées nulles; prescription facultative et non impérative qui confère aux tribunaux le pouvoir d'apprécier les circonstances et de ne pas annuler les inscriptions quand il n'apparaîtra pas une faute du créancier.

120 *bis*. IV. Il s'agit, dans cette disposition, des inscriptions prises depuis la cessation des paiements ou dans les dix jours qui précèdent; celles qui seraient prises après le jugement déclaratif de faillite seraient de plein droit sans effet; pour celles-ci, l'article 448 donne une règle aussi absolue que celle de l'article 2146.

120 *bis*. V. La règle qui ressort des articles 2146 et 448 du Code de commerce n'a plus sa raison d'être quand il s'agit de certaines inscriptions qui sont destinées non pas à donner un rang aux hypothèques, mais à leur confirmer un rang précédemment acquis. Nous songeons aux inscriptions prises en renouvellement, aux

termes de l'article 2154. Elles n'ajoutent rien aux droits des créanciers; la loi impose cette formalité pour faciliter les recherches sur les registres, mais l'inscription nouvelle n'est que la reproduction de la première, sa translation sur un registre plus facile à consulter. Le rang dépend toujours de la date de la première inscription.

Les raisons que nous donnons excluent de notre décision l'inscription prise après le délai de dix ans fixé par l'article 2154. Ce n'est plus le renouvellement d'une inscription préexistante : l'ancienne inscription a perdu toute force; le rang dépend de la nouvelle; donc cette nouvelle inscription changerait la situation qu'avait le créancier lors de la déclaration de faillite; elle est atteinte par l'article 2146 et l'article 448.

120 *bis*. VI. Dans le même ordre d'idées, nous validerons l'inscription d'une hypothèque légale de femme mariée, de mineur ou d'interdit; cela est sans importance tant que l'hypothèque est dispensée d'inscription, la formalité remplie étant superflue; mais l'intérêt de la solution apparaît quand est née la nécessité d'inscrire l'hypothèque de l'incapable. Si le mariage est dissous, si la tutelle a cessé, l'hypothèque doit être inscrite dans l'année : l'inscription n'est plus certes une inutilité, et si elle est prise à une époque où il y aurait lieu d'appliquer les articles 2146 et 448, elle ne peut être attaquée, parce qu'elle n'est pas destinée à donner au créancier un rang, mais à lui confirmer un rang déjà acquis en vertu des dispositions de la loi.

120 *bis*. VII. L'inscription du second procès-verbal que doit faire dresser le constructeur pour la conservation de son privilège (art. 2103) présente une grande analogie avec celles dont nous venons de parler. Le constructeur (architecte, maçon, ouvrier) doit faire dresser et inscrire deux procès-verbaux ; le premier, qui constate l'état de l'immeuble avant les travaux, doit être inscrit, nous l'avons dit plus haut, avant le commencement des travaux, sinon le privilège perd son caractère et son rang pour n'être plus classé qu'à la date de l'inscription comme une simple hypothèque. C'est donc cette première inscription qui assure au privilège son rang; l'inscription du second procès-verbal complète les renseignements que le registre doit fournir aux tiers, mais elle n'a pas d'influence sur le rang assigné au créancier; dès lors elle peut être prise à l'époque où, d'après les articles 2146 et 448, l'inscription des hypothèques et des privilèges est interdite.

120 *bis*. VIII. Nous n'assimilons pas à ces hypothèses celles qui se présenteront par rapport aux privilèges dont l'inscription peut être faite dans un certain délai : celui du copartageant et celui des créanciers héréditaires demandant la séparation des patrimoines. Leur inscription ne leur assigne pas, il est vrai, un rang : c'est la conséquence de la nature du droit de privilège; mais c'est la condition *sine qua non* de leur rang. Elle a donc la même importance, comme confirmation du droit, que l'inscription d'une hypothèque, et dès lors elle est comprise dans l'article 2146, qui parle sans distinction des inscriptions de privilèges. La circonstance que le créancier jouissait d'un délai pour s'inscrire ne doit pas modifier cette solution; les articles qui accordent ces délais règlent la situation normale des créanciers privilégiés et des autres créanciers du débiteur commun, mais la faillite de ce débiteur donne lieu à l'application d'un ensemble de principes tout particuliers dont le Code civil ne se préoccupe pas ordinairement. Notre solution, il faut le remarquer, n'est pas aussi rigoureuse que celle qui résultait du Code de 1807; car, d'après l'article 448, les inscriptions ne sont qu'annulables, et les tribunaux auront à tenir compte de la bonne foi des créanciers.

120 *bis*. IX. D'après les articles 2146 et 448 du Code de commerce, la prise des inscriptions est impossible après le jugement déclaratif de faillite, et elle produit des effets incertains, parce que l'inscription est annulable sous certaines conditions, quand elle a eu lieu depuis la cessation des paiements ou dans les dix jours qui l'ont précédée. Cette règle ne doit-elle pas être étendue à la *transcription* dans le cas spécial où la transcription est considérée comme donnant à un privilège la publicité que lui donnerait l'inscription? C'est quand il s'agit du privilège du vendeur que la loi a dit : La transcription vaut inscription. Il faut supposer que le failli a acheté un immeuble avant sa faillite, qu'il ne l'a pas payé, et que le vendeur fait la transcription dans la période où les inscriptions sont ou nulles ou annulables d'après l'article 448.

Selon le système qu'on adopte sur l'effet de la transcription par rapport aux ayant cause de l'acheteur, on doit prendre parti sur l'application de l'article 2146 et de l'article 448 au privilège du vendeur. Si l'on considère en effet la propriété comme résidant sur la tête du vendeur jusqu'à la transcription, on échappe à l'application de l'article 2146; car la créance du vendeur ne naît véritable-

ment que lorsqu'il perd la propriété; le privilège surtout n'a sa raison d'être qu'à ce moment, et par suite cette translation de propriété ne s'effectuant, dans l'hypothèse, qu'après la faillite, il n'est pas trop tard pour annoncer le droit au public par une inscription ou par une transcription valant inscription, l'article 2146 et l'article 448 ne traitant que des privilèges et hypothèques qui ont pris naissance avant la période dans laquelle ils interdisent plus ou moins la prise des inscriptions.

120 *bis*. X. Mais nous avons déjà dit (au n° 69 *bis*. VII) qu'on exagère les conséquences de l'article 3 de la loi de 1855, quand on y voit cette règle que la propriété est transférée seulement par la transcription. D'après l'article 1583 du Code civil, qui était écrit en vue de l'admission probable d'une législation analogue à celle d'aujourd'hui sur la transcription, la vente transmet la propriété à l'acheteur à l'égard du vendeur, il est bien permis d'ajouter, et de ses ayant cause à titre universel; c'est l'application pure et simple des principes, et l'article 3 de la loi de 1855 ne dit pas le contraire, car il déclare seulement que jusqu'à la transcription, la vente est non opposable aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés conformément aux lois. Ces dernières expressions désignent bien des acquéreurs de droits réels, c'est-à-dire des ayant cause à titre particulier. Cela étant, le vendeur, qui a transféré la propriété à l'acheteur par la convention, a acquis dès ce moment son privilège, une cause de préférence notamment sur les créanciers chirographaires, et il n'y a plus de raison théorique pour le mettre en dehors de la sphère d'application de l'article 2146.

Indépendamment de cette raison de théorie, il n'en est pas de bien sérieuse qui empêche d'assimiler la transcription à l'inscription; l'une vaut l'autre : d'après l'article 2108, elles ont le même effet; elles n'auraient plus le même effet si l'une pouvait vivifier le droit de préférence à une époque où l'autre serait inutile.

120 *bis*. XI. Reste une considération grave : il est impossible au vendeur d'éviter les conséquences d'une faillite qui survient subitement, avant qu'il ait eu le temps de faire faire la transcription. Il ne peut pas en effet prendre les précautions que prend un prêteur sur hypothèque, qui ne livre l'argent qu'après s'être assuré que son emprunteur est propriétaire, qu'aucune transcription n'est survenue pour faire obstacle à son inscription. Ce qui compromet les intérêts du vendeur, ce n'est pas un fait matériel facile à séparer du con-

trat et à retarder, comme la livraison de deniers; c'est la perfection même du contrat, le fait juridique précisément qui donne naissance au privilège et qui forcément précède la transcription.

120 *bis*. XII. Quelque puissantes que soient ces considérations, elles ne sauraient l'emporter sur une disposition de la loi. Elles perdent d'ailleurs toute leur force, quand on examine dans son entier le système de la loi sur le droit du vendeur. Il n'a pas seulement un privilège, il a le droit de résolution, et si l'on démontre qu'après la faillite de l'acheteur, quand il a perdu le privilège, il a conservé le droit de résolution, on évite à la législation le reproche d'iniquité qui ne pourrait justement lui être adressé qu'autant que ces droits manqueraient tous les deux au vendeur.

On comprend comment s'établit la doctrine : le vendeur qui n'a pas transcrit avant la faillite a perdu son privilège, le droit de préférence contre la masse des créanciers; mais contre ceux-ci, qui sont les ayant cause à titre universel du failli, il a le droit qu'il aurait contre le failli lui-même, le droit de faire résoudre la vente faute de paiement du prix. Il n'est pas spolié; car s'il ne touche pas le prix de la vente, il reprend au moins le bien vendu.

120 *bis*. XIII. Cette doctrine cependant soulève des objections graves. La principale est fondée sur l'article 7 de la loi du 23 mars 1855, qui ne permet pas l'exercice de l'action en résolution après l'extinction du privilège; d'où l'on conclut qu'il existe le lien le plus étroit entre l'action en résolution et le privilège, et que celui qui ne peut exercer le second droit est privé de l'exercice du premier. Nous repoussons cette conclusion; elle exagère la portée de l'article 7; elle l'applique à des hypothèses qu'il n'a pas voulu régir. Il s'agissait quand on a écrit l'article 7 de protéger les tiers acquéreurs d'un immeuble contre le droit de résolution : c'est l'esprit général de la loi de 1855 de venir au secours des tiers acquéreurs, menacés d'éviction par des causes qu'ils n'ont pas pu prévoir. Le texte de l'article 7 est très significatif en ce sens; car il déclare que le droit de résolution ne pourra être exercé au préjudice des tiers qui auront acquis des droits sur l'immeuble du chef de l'acquéreur et les auront conservés conformément aux lois. C'est la formule de l'article 3 de la même loi qui a certainement en vue les acquéreurs de droits réels, les ayant cause à titre particulier d'un aliénateur et non ses ayant cause à titre universel. Les créanciers du failli ne sont que des ayant cause universels; ils n'ont pas acquis de droit

sur l'immeuble dans le sens que l'article 7 donne à ces mots; donc ils ne peuvent pas invoquer la disposition de cet article.

Il ne faut pas s'en étonner, du reste; la situation du vendeur, par rapport aux créanciers de l'acheteur en faillite, est loin de ressembler à celle d'un vendeur par rapport aux tiers acquéreurs de droits réels ayant cause de l'acheteur. Nous le montrions en commençant l'examen de cette difficulté : le vendeur peut être surpris par la faillite de l'acheteur, avant d'avoir eu le temps matériellement nécessaire pour faire faire la transcription, et s'il perd à la fois son privilège et son droit de résolution, il est victime d'une véritable spoliation, car sa diligence n'a pas été en défaut. Au contraire, quand le vendeur n'a pas fait transcrire avant que celui qui a reçu de l'acheteur un droit réel ait lui-même rempli les formalités pour constater ce droit, il peut être traité comme un créancier négligent; car si l'ayant cause de l'acheteur dont les droits sont nés depuis la vente primitive a eu le temps de se mettre en règle, à combien plus forte raison le vendeur primitif pouvait-il faire transcrire!

120 *bis*. XIV. La cour de cassation, qui a admis cette solution dans un arrêt du 1er mai 1860 (1), insiste particulièrement sur une expression de l'article 7 qui montre que dans la pensée des législateurs cet article est inapplicable au cas qui nous occupe. La cour fait remarquer que le vendeur est privé par la loi de l'exercice de son droit de résolution quand est survenue l'*extinction du privilège*, et elle refuse de considérer le privilège comme éteint dans le cas de l'article 2146 : attendu que c'est par rapport à la masse de la faillite seulement qu'il ne peut être exercé, et qu'un droit qui existe par rapport à certaines personnes ne peut pas être considéré comme éteint. Cet argument de texte a certainement sa valeur; mais nous attachons plus d'importance à celui que nous avons tiré de l'ensemble des dispositions de la loi de 1855, et du fond même de la règle contenue dans l'article 7, enfin de son but indiqué très clairement par ses auteurs (2).

120 *bis*. XV. Le vendeur, pour son privilège, peut se trouver en conflit avec des créanciers d'une succession bénéficiaire, et la question que nous venons d'examiner en cas de faillite de l'acheteur se

(1) C. Cass., 1er mai 1860. Sirey, 1860, 1, 602.

(2) V. les citations reproduites dans le rapport de M. le conseiller Bayle Mouillard, dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt du 1er mai 1860, précité.

poserait exactement dans les mêmes termes. Les principes sont les mêmes; on arrive par conséquent aux mêmes solutions.

120 *bis*. XVI. L'article 2146, en déclarant les inscriptions inutiles lorsqu'elles sont prises après l'acceptation bénéficiaire d'une succession, ou dans la période déterminée par la loi commerciale quand le débiteur est tombé en faillite, statue certainement sur l'inscription d'hypothèques préexistantes ou de privilèges préexistants. Il peut arriver cependant que depuis la faillite ou l'acceptation bénéficiaire il naisse un privilège; celui-là certes pourra être valablement inscrit : car s'il en était autrement, la masse des créanciers profiterait injustement des valeurs entrées dans le patrimoine qui est leur gage, sans supporter les charges afférentes à cette acquisition. On peut supposer que le débiteur avait recueilli une succession dont le partage s'accomplit après sa mort ou après sa faillite. Les créanciers de la succession bénéficiaire ou de la faillite ne sauraient s'opposer à l'inscription par laquelle les copartageants assureraient leurs droits. Il faudrait en dire autant du cas où les créanciers d'une succession échue au failli voudraient prendre l'inscription en vertu de l'article 2111.

121. A l'occasion du temps utile pour s'inscrire, la loi place ici, relativement au rang que l'inscription doit donner à l'hypothèque, une règle qui tend à prévenir les fraudes. Pour qu'il ne puisse dépendre des conservateurs, dont les registres ne sont arrêtés que jour par jour, de favoriser arbitrairement l'un de plusieurs créanciers inscrits le même jour, il n'est admis entre ces créanciers aucune priorité. V. art. 2147.

122. Venons à la manière d'opérer l'inscription. Elle est requise par le créancier lui-même, ou par un tiers en son nom. Le conservateur ne doit, en général, y procéder qu'autant qu'on lui justifie par écrit du titre constitutif du droit.

L'inscription contiendra naturellement tous les documents relatifs à l'hypothèque, dont il importe de procurer connaissance aux tiers. Ces documents sont fournis au conservateur par le requérant, qui représente à cet effet deux bordereaux par lui dressés; c'est la transcription du contenu en ces bordereaux sur les registres, qui constituera l'inscription. Après qu'elle est opérée, l'un des bordereaux reste au conservateur

comme pièce justificative de son opération; l'autre, au pied duquel l'inscription est certifiée par le conservateur, est remis au requérant. V. art. 2148, 2149, 2150.

Reprenons, et entrons dans les détails.

123. L'inscription, comme on l'a vu, peut être requise par un tiers au nom du créancier (art. 2148, al. 1). Remarquons à ce sujet que ce tiers n'a besoin de justifier d'aucune procuration.

Au contraire, il doit être justifié par écrit du titre constitutif. A cet effet, la loi exige la représentation, soit de l'original en brevet, soit d'une expédition authentique (art. 2148, al. 1). Au reste, ces expressions *brevet* et *expédition* semblent supposer l'existence d'un original passé en forme authentique. C'est, en effet, ce qui ne peut manquer s'il s'agit d'une hypothèque judiciaire ou conventionnelle. Quant à l'hypothèque légale, nous verrons plus bas que l'inscription s'en fait sans représentation de titre (art. 2153).

A l'égard des bordereaux, ils doivent, comme de raison, être écrits sur papier timbré; mais l'un d'eux (celui qui devra être remis au requérant et porter le certificat d'inscription) peut être écrit sur l'expédition du titre dont il doit former le complément (art. 2148, al. 2).

123 *bis*. I. Celui qui requiert l'inscription doit d'abord établir le droit du créancier; habituellement ce droit est constaté dans un acte authentique, puisque l'hypothèque conventionnelle et l'hypothèque judiciaire ne peuvent résulter que d'actes authentiques. C'est cette hypothèse ordinaire qui s'est présentée à l'esprit du législateur. Mais il ne faut pas faire de l'authenticité du titre une condition indispensable de l'inscription; car la loi reconnaît des droits hypothécaires résultant d'actes qui peuvent très bien n'être pas authentiques : ainsi l'hypothèque des légataires (art. 1017) s'appuie sur un testament qui peut être olographe.

Si nous parlons maintenant des privilèges, ils seront très souvent nés d'un acte qui n'aura pas le caractère authentique. Citons d'abord le privilège des créanciers héréditaires invoquant la séparation des patrimoines (art. 2111). Leurs créances purement chirographaires

ont pu n'être constatées que par des actes sous seing privé. Les copartageants peuvent avoir fait un partage amiable qu'ils n'étaient pas obligés de constater par acte notarié, et l'existence de leur privilège n'a pas été subordonnée à la condition que le partage serait prouvé par acte authentique. Le vendeur, qui conserve son privilège par la transcription, peut certes faire transcrire un acte non authentique, et s'il veut inscrire son privilège au lieu de transcrire son titre, il n'est guère possible d'être plus sévère pour l'un des modes de publicité que pour l'autre. Nous avons enfin les créanciers ayant un privilège général sur les meubles et sur les immeubles (art. 2102) qui, dispensés d'inscription au point de vue du droit de préférence, ne jouissent pas de cette dispense quant à leur droit de suite. Il est clair que la nature même de leurs créances ne permet pas de supposer que la loi les a soumis à la nécessité de faire une preuve authentique.

123 *bis*. II. Quant à la formalité même de l'inscription, elle s'accomplit d'après un bordereau que l'inscrivant doit remettre au conservateur des hypothèques. On entend par bordereau un écrit sommaire dans sa forme, mais détaillé quant aux mentions qu'il contient. Un bordereau d'inscription doit donc, dans une forme brève, énoncer tout ce que doit contenir l'inscription. Il est destiné à être reproduit sur le registre par le conservateur. Ce fonctionnaire aurait, en effet, été chargé d'un travail accablant et d'une responsabilité trop lourde s'il avait dû chercher lui-même dans les pièces produites les éléments de l'inscription à prendre. Il ne doit, au contraire, pas faire autre chose que de reproduire exactement les énonciations faites par l'inscrivant; c'est celui-ci qui doit, à ses risques et périls, fournir un bordereau complet.

Le bordereau doit être remis en double au conservateur. Celui-ci en garde un exemplaire afin de pouvoir justifier plus tard qu'il a exactement reproduit le bordereau, si, par hasard, l'inscription ayant été mal prise, la partie cherchait à imputer la responsabilité de son imperfection au conservateur. Le second double est rendu à la partie, revêtu d'une mention dans laquelle le conservateur certifie avoir pris l'inscription. C'est la garantie de l'inscrivant, si le conservateur, ayant omis l'inscription, prétendait plus tard n'avoir jamais été requis de la faire.

124. Les indications qui doivent se trouver dans les borde-

reaux, et par conséquent dans l'inscription qui n'en est que la copie, sont relatives :

1° A la personne du créancier;

2° A celle du débiteur, ou plutôt du propriétaire qui a consenti l'hypothèque;

3° Au titre qui donne naissance à l'hypothèque ou au privilège;

4° A l'objet de l'obligation;

5° Aux biens grevés d'hypothèque.

125. La personne du créancier doit être désignée par ses nom, prénom, domicile, et, s'il a une profession, par cette profession. En outre, pour la facilité des significations qu'il y a souvent lieu de faire au créancier, relativement à son hypothèque, l'inscription doit contenir pour lui l'élection d'un domicile dans l'arrondissement (art. 2148-1°).

125 *bis*. I. L'élection de domicile est destinée à faciliter les significations qu'il serait nécessaire de faire au créancier à propos de son inscription, comme s'il s'agissait de demander la radiation de l'inscription ou la réduction d'une évaluation de créance contenue dans cette inscription (art. 2159, 2161). Il s'agit encore des notifications que les tiers acquéreurs ont à faire aux créanciers hypothécaires quand ils veulent purger l'immeuble des hypothèques qui le grèvent (art. 2183). Mais la loi n'a pas imposé l'élection de domicile dans un autre intérêt que celui du propriétaire de l'immeuble; par conséquent un acte d'huissier qui aurait une relation indirecte avec l'hypothèque, mais qui ne tendrait pas dans son but à la libération de l'immeuble, ne pourrait pas être signifié au domicile élu. Par exemple, un créancier qui voudrait profiter de la disposition de l'article 1251-1° pour se faire subroger dans les droits d'un créancier hypothécaire ne pourrait pas lui faire à cet effet des offres réelles au domicile élu.

125 *bis*. II. L'élection de domicile est exigée sans distinction par l'article; par conséquent elle est nécessaire alors même que le créancier a son domicile réel dans l'arrondissement du bureau d'hypothèques. La loi n'a pas voulu que les changements qui pourraient survenir dans le domicile réel de l'inscrivant pussent gêner les tiers; elle n'a pas non plus voulu donner de plein droit au

domicile réel le caractère de domicile élu, parce que le créancier aurait pu s'y tromper et croire que s'il changeait de domicile réel, les significations d'actes devraient le suivre, sans autre avis de sa part, à son nouveau domicile réel.

126. La désignation du débiteur se compose en général des mêmes éléments que celle du créancier. Mais la loi, prenant en considération l'ignorance possible de l'inscrivant, n'exige la mention de la profession qu'autant qu'elle est connue. Bien plus, elle se contente, dans tous les cas, d'une désignation quelconque, pourvu qu'elle soit individuelle et spéciale, tellement que le conservateur puisse toujours reconnaître et distinguer l'individu grevé d'hypothèque (art. 2148-2°).

Par la même raison, s'il arrivait que l'inscription fût prise après le décès du débiteur, l'inscrivant ne serait pas obligé de désigner individuellement les héritiers, qu'il peut ne pas connaître. Il suffirait de désigner le défunt (art. 2149).

126 *bis*. I. L'article règle l'hypothèse ordinaire, celle où l'hypothèque a été constituée par le débiteur lui-même sur son propre bien ; il doit être entendu avec une certaine modification, nous pourrions dire après une certaine traduction, dans le cas où l'hypothèque a été constituée par un propriétaire qui n'est pas débiteur personnel de la dette et qui consent seulement à donner, par cet acte, du crédit à celui qui devient ou qui est déjà débiteur. Celui-là garantit la dette d'autrui, comme une caution la garantit en contractant une obligation personnelle : aussi l'appelle-t-on souvent une *caution réelle*. L'inscription en cette circonstance ne saurait être prise sur le débiteur; la désignation individuelle ou spéciale qui intéresse surtout le public, c'est la désignation du propriétaire qui consent à grever son immeuble. Ce sont ses ayant cause, créanciers hypothécaires ou tiers acquéreurs, qui ont intérêt à connaître les charges grevant sa propriété, et rien ne les avertirait quand ils demanderaient l'état des inscriptions prises sur Pierre, propriétaire, de l'existence d'une hypothèque inscrite sur Paul, débiteur personnel. L'article 2148 doit donc être appliqué sous la réserve de cette observation, et l'on peut dire que son texte prévoit et règle la difficulté ; car si d'abord, entraîné par la pensée des faits ordinaires, il exige les noms du débiteur, plus loin,

développant sa pensée, il exige énergiquement que le conservateur puisse reconnaître et distinguer dans tous les cas *l'individu grevé d'hypothèque*. Or, cet individu, c'est bien le propriétaire de l'immeuble, et non le débiteur de la dette.

126 *bis*. II. Il faudrait, toutefois, pour que l'inscription fût complète, désigner le nom du débiteur, afin de renseigner les tiers sur les chances d'extinction que pourrait avoir la dette; il faut qu'ils puissent examiner si par exemple il n'est pas survenu quelque compensation ou confusion qui, éteignant la dette de plein droit, aurait mis fin à l'hypothèque. Mais ceci est une mention qui serait plutôt nécessitée par ce que la loi dit dans le 3e § de la *nature* du titre; car le 2e § traite spécialement de la personne sur laquelle est prise l'inscription.

126 *bis*. III. Le cas que nous venons d'examiner ne se confond pas avec celui où l'hypothèque étant née du chef du débiteur, propriétaire de l'immeuble, devrait être inscrite après l'aliénation de cet immeuble, c'est-à-dire au détriment d'un tiers détenteur. L'hypothèse est possible depuis que les inscriptions peuvent être prises après le contrat d'aliénation. Aujourd'hui elle doit être construite en supposant que le créancier veut prendre inscription entre le contrat d'aliénation et la transcription de ce contrat. Elle ne doit pas faire difficulté, au surplus, en présence de la loi de 1855. Jusqu'à la transcription l'aliénation ne peut pas être opposée à ceux qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés conformément aux lois. Les créanciers hypothécaires considèrent donc l'aliénateur comme propriétaire, et tel est certainement leur droit; ils peuvent ignorer l'aliénation, et l'inscription qu'ils prennent sur l'aliénateur sera plus tard parfaitement connue de ceux qui traiteront avec l'acquéreur; car il faudra bien que celui-ci fasse transcrire, et lors de la transcription, le conservateur reportera à son nom toutes les inscriptions frappant l'immeuble du chef de l'aliénateur.

126 *bis*. IV. L'aliénateur aurait pu constituer des droits entre l'aliénation et la transcription; ces droits seraient opposables à l'acquéreur et à ses ayant cause, pourvu qu'ils eussent été conservés conformément aux lois, et pour ceux-là aussi l'inscription devrait être prise sur l'aliénateur.

126 *bis*. V. Nous n'ajoutons pas toutefois, au moins dans l'hypothèse où l'immeuble a été aliéné depuis la naissance du droit

d'hypothèque, que l'inscription serait nulle si elle était prise directement sur le tiers détenteur avec désignation du débiteur primitif; le Code civil ne prononce pas cette nullité d'une manière précise, et il serait dangereux d'introduire une nullité par voie d'extension. Ce que la loi veut surtout, c'est que l'inscription donne une publicité sérieuse; c'est que les tiers ne puissent pas y être trompés. Or la publicité n'est-elle pas très-réelle quand l'inscription frappe sur le propriétaire actuel? n'est-ce pas surtout ce propriétaire et ses ayant cause qui ont besoin d'être avertis? Qu'on se garde de dire que l'acquéreur n'étant pas propriétaire tant qu'il n'a pas transcrit, il y a une sorte d'impossibilité matérielle de s'inscrire sur lui; nous savons qu'on dénaturerait, en disant cela, l'effet de la loi de 1855. La conséquence que son article 3 attache au défaut de l'inscription, ce n'est pas que la propriété reste au vendeur, c'est que l'aliénation ne peut pas être opposée à ceux qui ont des droits régulièrement conservés sur l'immeuble. Il s'agit surtout de protéger l'acquéreur et ses ayant cause contre les droits dont ils ignoraient l'existence. Comment alors pourraient-ils se plaindre d'une inscription qui les auraient d'autant mieux prévenus qu'elle aurait été prise directement sur eux-mêmes? La règle de l'article 3 est écrite en faveur des ayant cause de l'aliénateur; elle serait détournée de son sens si elle devenait une arme contre eux aux mains des ayant cause de l'acquéreur.

126 *bis*. VI. L'inscription ne sera donc pas nulle dans les rapports du créancier avec le tiers acquéreur et ses ayant cause; mais entre les ayant cause de l'aliénateur nous admettrions qu'elle ne peut produire d'effet. *Exemple :* Un créancier hypothécaire de l'aliénateur s'inscrit sur l'acquéreur avant la transcription; puis l'aliénateur confère une hypothèque à un nouveau créancier qui s'inscrit sur lui également avant l'accomplissement de cette formalité. La première inscription ne serait pas opposable au second créancier, parce qu'elle n'a pas été prise sur le débiteur commun, qu'elle n'a pas pu prévenir ce second créancier, qui a par conséquent traité dans l'ignorance de l'existence d'une hypothèque qui le primait. Ce second créancier peut, du reste, invoquer l'article 3 de la loi de 1855, car il a acquis un droit sur l'immeuble avant la transcription et l'a également conservé avant cette même époque (1).

(1) V. cepend. Aubry et Rau, t. II, p. 779, édit. 1865, et Pont, t. II, n° 975

127. Le titre qui donne naissance au droit doit être indiqué par sa date et par sa nature (art. 2148-3°). On énoncera conséquemment si c'est un jugement ou un contrat, et quelle espèce de contrat.

127 *bis*. I. Les tiers ont intérêt à connaître la date du titre, pour apprécier sa validité au point de vue de la capacité des parties, comme aussi pour examiner si le droit n'a pas péri par prescription (1). Ils doivent connaître la nature du titre, au point de vue de sa forme pour savoir si l'hypothèque a été valablement consentie, au point de vue du fond pour connaître le rang du créancier quand l'inscrivant est un créancier privilégié.

Dans tout ceci nous parlons du titre constitutif de l'hypothèque; mais il va de soi que si ce titre est distinct du titre constitutif de la créance, les mêmes indications doivent être données relativement à ce titre. Elles intéressent singulièrement les tiers, car la validité de la créance, son extinction par la prescription, ont, par voie de conséquence, une influence sur l'hypothèque. La nature même du contrat qui a produit l'obligation est intéressante, car les contrats ne sont pas tous soumis aux mêmes règles. Les règles de forme et celles de capacité seront spéciales si le contrat est une donation; les causes d'extinction varieront aussi quelquefois suivant la nature du contrat qui a produit la dette.

127 *bis*. II. Nous nous sommes placé dans le même ordre d'idées quand nous avons décidé que l'inscription prise sur le tiers qui hypothèque son immeuble à la dette d'autrui doit nécessairement mentionner le nom du débiteur; car la nature du titre d'obligation ne serait vraiment pas indiquée si le nom du débiteur restait inconnu, et certes on peut bien dire qu'on ne décrit pas complètement la nature d'un titre de créance quand on néglige de dire contre qui cette créance existe.

128. L'objet de l'obligation sera annoncé par l'indication du montant de la créance ou des créances, en capitaux et accessoires, et par la mention de l'exigibilité.

L'énonciation du montant de la créance sera faite d'après le titre, s'il en contient l'expression; mais s'il ne la contient

(1) V. C. Cass., 9 janvier 1888. Sirey, 1888. 1. 101.

pas, ce qui arrivera notamment pour le capital des rentes et prestations (surtout si elles sont viagères), et généralement lorsqu'il s'agira de droits indéterminés, qu'ils soient ou non d'ailleurs éventuels ou conditionnels, l'inscrivant fera, s'il y a lieu, l'évaluation de ces droits (art. 2148-4°; v. à ce sujet art. 2132).

Remarquons au reste que l'hypothèque légale n'est pas soumise à cette évaluation (art. 2153-3°).

Quant à la mention d'exigibilité, observons :

1° Que cette formalité ayant été souvent omise, une loi postérieure au Code civil a permis de régulariser les inscriptions prises avant sa publication, en y insérant après coup cette mention. V. L. 4 septembre 1807.

2° Qu'à l'égard des rentes, dont le capital n'est jamais exigible, la mention d'exigibilité doit s'appliquer aux arrérages. V. Circulaire des ministres de la justice et des finances, 21 juin 1808.

128 *bis*. I. La publicité ne serait pas sérieuse si l'inscription n'annonçait pas le montant de la créance : les créanciers qui peuvent être primés par une hypothèque doivent connaître la somme que cette hypothèque garantit. Les tiers acquéreurs sont également intéressés à connaître le montant exact des charges qui grèvent l'immeuble. Pour que les renseignements soient complets, il faut que les accessoires de la créance soient énoncés comme le principal lui-même. Le taux des intérêts est, par exemple, très important à connaître, puisque d'après l'article 2151 l'inscription conserve avec le capital deux années d'intérêts et l'année courante.

128 *bis*. II. Nous nous sommes déjà expliqué au n° 99 *bis* III, IV, sur les cas dans lesquels l'inscription devait contenir une évaluation de la créance. La loi pose ici le principe auquel elle faisait allusion dans l'article 2132; elle cite spécialement les rentes ou prestations qui donnent ordinairement lieu à cette estimation; elle généralise ensuite, et parle des droits conditionnels, éventuels et indéterminés, sans faire mieux ressortir ici qu'elle ne l'a fait dans l'article 2132, que le caractère qui seul nécessite l'évaluation dans l'inscription, c'est l'indétermination de l'objet dû, tandis que

si le droit est conditionnel ou éventuel sans que l'objet soit indéterminé, l'évaluation ne saurait être exigée.

128 *bis*. III. Quand notre article parle des prestations, il n'ajoute pas le mot *périodiques*. Il ne comprend donc pas seulement les droits périodiques, comme les rentes, les pensions ou provisions alimentaires; il veut embrasser toutes les dettes ayant pour objet autre chose que de l'argent. Par exemple, celles qui obligent à donner du blé, du foin, du bois, des volailles, des moutons et en général des objets en nature : c'est le sens ordinaire du mot *prestation;* il est employé ainsi par le Code dans l'article 1291. L'obligation peut être aussi une obligation de faire, et le mot *prestation* s'y appliquerait, puisque dans notre langage administratif on appelle *prestation en nature* une contribution qui se traduit en un certain nombre de journées de travail. Il est certain que le montant de ces obligations n'apparaîtraient pas clairement dans une inscription qui n'en contiendrait pas l'évaluation, et il serait impossible d'apprécier jusqu'à quelle concurrence le prix de l'immeuble serait absorbé par le créancier de ces denrées et de ces services.

128 *bis*. IV. Les intérêts et arrérages ne sont pas les seuls accessoires de la créance; le créancier peut avoir droit à réclamer le paiement des frais qui ont été nécessaires pour l'exercice de son droit; les frais d'inscription, ceux qui ont été faits pour obtenir son titre ou pour faire statuer en justice sur l'existence même de la créance. Le créancier doit indiquer le montant de ces frais dans son inscription et les évaluer s'ils ne sont pas encore liquidés.

128 *bis*. V. L'évaluation dans l'inscription n'est pas exigée quand il s'agit des hypothèques des femmes mariées, des mineurs et interdits et de l'État, des communes ou des établissements publics sur les biens des comptables (art. 2153). Nous l'exigeons dans toutes les autres hypothèses. En effet, l'article 2148 contient une série de règles générales que son texte applique expressément aux hypothèques judiciaires et aux privilèges, et il n'y a pas de raison pour faire, parmi ces règles, des distinctions et soustraire les privilèges ou l'hypothèque judiciaire à la nécessité d'une évaluation dans l'inscription pour les créances indéterminées. L'évaluation ne présente pas dans ces hypothèses la difficulté que soulèverait l'évaluation de la créance d'une femme, d'un mineur ou de l'État, créance qui dépendra du résultat d'une administration qui durera

pendant longues années, augmentant ou diminuant en raison d'événements nombreux et qu'on ne peut pas prévoir. L'hypothèque judiciaire, si elle n'est pas spéciale quant aux immeubles qu'elle frappe, protège une créance tout aussi distincte et appréciable que celle qui est garantie par une hypothèque conventionnelle. Parmi les privilèges, il n'en est qu'un qui puisse faire naître la question d'évaluation, le privilège du copartageant pour la garantie des lots ; mais cette évaluation, quelque difficile qu'elle soit, n'aura toujours pour objet qu'un ou plusieurs immeubles, leurs chances d'augmentation de valeur, et le préjudice que leur éviction pourra causer. Il y a loin de là aux difficultés insurmontables que soulèverait certainement l'évaluation des créances qu'une femme qui vient de se marier pourra avoir contre son mari après une union qui ne se dissout le plus souvent que par la mort de l'un des deux époux.

128 *bis*. VI. L'indication de l'exigibilité est particulièrement utile aux tiers acquéreurs, qui peuvent avoir l'intention de ne pas purger les hypothèques, mais de rembourser les créanciers hypothécaires dans les termes et délais accordés au débiteur originaire (art. 2167). Elle n'est pas dénuée d'intérêt pour les créanciers postérieurement inscrits, car ils peuvent considérer comme particulièrement inquiétante pour eux une créance qui ne deviendra exigible que dans longtemps et qui les laissera longtemps au second rang, plutôt qu'une créance bientôt exigible et dont ils peuvent espérer une prompte extinction par le paiement à l'échéance.

128 *bis*. VII. Il faut remarquer que si la loi parle d'une mention de l'époque d'exigibilité, c'est qu'elle se place en présence d'une créance non encore échue : il est alors intéressant de connaître la date exacte de l'échéance; mais si, ce qui est plus rare, au moins pour les hypothèques conventionnelles, l'inscription est prise après l'échéance, la date précise de cette échéance déjà arrivée n'a plus qu'un intérêt rétrospectif, et les tiers n'ont pas besoin de la connaître; on satisfera aux prescriptions de la loi en déclarant dans l'inscription que la créance est exigible. Il n'y a plus en effet à distinguer les époques, au point de vue de l'exigibilité, quand la créance est déjà échue, et l'on peut dire que l'époque d'exigibilité est indiquée, quand il est dit que la créance peut dès à présent être exigée.

129. L'indication des biens affectés doit se faire par leur espèce et leur situation (art. 2148-5°; v. à ce sujet art. 2129). Au surplus, cette dernière indication n'est évidemment pas requise pour les hypothèques légales et judiciaires : comme elles sont générales, l'inscription à leur égard frappe sans désignation tous les immeubles (présents ou à venir) situés dans l'arrondissement (art. 2148, al. dernier; v. pourtant art. 2111, et à ce sujet art. 1017).

129 *bis*. I. L'exception admise par l'article en faveur des hypothèques légales ne saurait comprendre que les hypothèques énumérées dans l'article 2121 ; elles ont un caractère de généralité qui explique pourquoi la loi n'impose pas la spécialité de l'inscription. Mais les hypothèques légales qui ne sont pas générales doivent être inscrites sur des immeubles déterminés. Citons l'hypothèque des légataires sur les biens de la succession (art. 1017), le privilège des créanciers qui invoquent la séparation des patrimoines et qui frappe seulement, dans les mains de l'héritier leur débiteur, les biens que celui-ci a recueillis *ex hæreditaria causa* (art. 2111).

129 *bis*. II. On pourrait se demander si l'hypothèque conférée par le Code de commerce aux créanciers de la faillite sur les biens du failli peut également être inscrite sans désignation spéciale des immeubles. La raison de douter se tirerait du texte de l'art. 490 C. comm., qui, imposant aux syndics l'obligation de prendre inscription sur les immeubles du failli dont ils connaîtraient l'existence, semble envisager l'inscription comme spécialisant l'immeuble grevé et ne frappant pas d'une manière vague et générale tous les immeubles situés dans le ressort d'un bureau d'hypothèques. Cependant cette question ne doit pas être résolue par un argument indirect tiré d'un texte dont le sens n'est pas manifeste ; elle dépend plutôt de la nature qu'on attribue à l'hypothèque des créanciers de la faillite : est-elle générale ou ne l'est-elle pas ? frappe-t-elle seulement les biens présents du failli, ou grève-t-elle ses biens à venir? Il est clair que si elle grève les biens à venir, elle ne peut être inscrite que dans les conditions où s'inscrivent les hypothèques légales et judiciaires qui frappent ce genre de biens. Or, il paraît résulter de l'article 490, dont les expressions sont aussi générales que celles de l'article 2121 qui établit l'hypothèque des femmes

mariées et des mineurs, comme aussi de l'article 2122, qui donne à l'hypothèque légale un effet sur les biens à venir, que l'hypothèque des créanciers de la faillite existe sur les biens présents et à venir du failli. Dès lors elle ne peut pas être inscrite avec désignation spéciale des biens affectés, et c'est ce qui résulte précisément des dernières lignes de l'article 490, qui réduit le bordereau d'inscription à l'énonciation de l'état de faillite et à la mention de la date du jugement qui nomme les syndics (1).

130. L'hypothèque n'ayant lieu que dans les cas et suivant les formes autorisés par la loi (art. 2115), et l'inscription étant la condition légale de son existence, on peut ici se demander si l'inobservation des règles établies sur la manière d'y procéder, et surtout si l'omission dans l'inscription de quelques-uns des éléments dont elle doit se composer, n'entraînerait pas nullité, quoique la loi ne l'ait pas formellement prononcée. A cet égard, la jurisprudence a été quelque temps incertaine. Mais c'est aujourd'hui un point constant, qu'il faut distinguer, entre les diverses formes, celles qui sont substantielles et celles qui sont simplement accidentelles. L'absence des premières emporte nécessairement nullité de l'inscription. Quant aux autres, on ne peut, à la vérité, les omettre impunément; mais la sanction doit consister uniquement, tantôt dans le refus que le conservateur ferait d'inscrire, en l'absence des justifications requises; tantôt dans la privation de quelques-uns des avantages attachés à l'inscription régulière; tantôt, enfin, dans le danger de voir annuler l'inscription : ce qui pourrait arriver si les indications légales n'étant point suffisamment remplacées par des équivalents, leur absence faisait défaillir une condition substantielle.

130 *bis*. I. Il nous faut maintenant examiner quelle est la sanction des règles de la loi sur les formalités de l'inscription, et rechercher en particulier quelles peuvent être les conséquences de l'omission des diverses énonciations exigées par l'article 2148.

L'article n'a pas dit que l'accomplissement de ces formalités et

(1) V. C. I. Paris, 27 mai 1865. Sirey, 1865, 2, 227, et M. Boistel, *Précis de droit commercial*, n° 914. Édit. 1884.

l'indication complète des renseignements que doit comprendre l'inscription fussent imposés à peine de nullité. Mais il est d'autres dispositions du Code civil où l'on peut trouver la sanction de la nullité; c'est d'abord l'article 2115, qui s'exprime ainsi : L'hypothèque n'a lieu que suivant les formes établies par la loi. La nécessité de l'inscription est une règle de forme, et l'existence même de l'hypothèque dépend de son observation. C'est ensuite l'article 2134, qui subordonne le rang de l'hypothèque à l'existence d'une inscription prise dans la forme et de la manière prescrite par la loi, reconnaissant par cette formule que l'effet de l'inscription dépend de sa régularité, autrement dit que l'inscription irrégulière est nulle. S'il n'en était pas ainsi, il eût été inutile d'énumérer minutieusement, dans les articles 2148 et 2153, les énonciations que doit contenir l'inscription. Tout eût été abandonné à l'appréciation des tribunaux, qui auraient eu à examiner si le public était suffisamment averti par les renseignements que fournissait le registre, et n'auraient pas dû considérer autre chose que le préjudice éprouvé par les tiers à raison de l'absence de telle ou telle énonciation.

130 *bis*. II. Il ne faut pas cependant aller trop loin dans l'application de cette idée, que l'inscription doit être tout à fait conforme à l'article 2148, à peine de nullité. Si une irrégularité a été commise qui porte seulement sur un détail, qui n'implique pas l'omission de l'un des renseignements que les tiers doivent trouver dans l'inscription, il n'y a pas lieu de prononcer la nullité : par exemple si l'on a oublié quelques-uns des noms ou prénoms du créancier. Il s'agit là d'un détail dont l'omission n'empêche pas l'inscription de satisfaire à la volonté de la loi, qui exige la désignation certaine du créancier. De cette observation est née une distinction assez universellement admise entre les énonciations qui sont substantielles et celles qui ne le sont pas; l'omission d'une des premières annule l'inscription, l'omission d'une autre n'a pas cet effet.

130 *bis*. III. Reste à savoir quelles sont les énonciations qui doivent être considérées comme substantielles. Évidemment, et *à priori*, la substance même de l'inscription se compose des divers renseignements sans lesquels le public ne connaîtrait pas le droit dont l'inscription doit lui révéler l'existence. Il est absolument nécessaire de connaître la personne à qui appartient le droit, et celle contre qui il s'exerce (désignation du créancier et du débiteur ou de la personne qui a grevé son bien d'une hypothèque pour la dette

d'autrui). Il faut connaître la dette elle-même, par conséquent sa nature et le titre d'où elle provient, particulièrement le montant de cette dette. Enfin, il est de toute nécessité de savoir quels sont les biens frappés par l'hypothèque.

Voilà cinq énonciations correspondant aux cinq paragraphes de l'article 2148, dont la réunion complète constitue la substance même de l'inscription. Alors même que la loi n'aurait pas pris la peine d'énumérer ce que doit contenir l'inscription, il serait impossible de comprendre la publication d'une hypothèque qui ne toucherait pas à ces cinq points. Comment prétendre me renseigner sur un certain droit, si l'on ne dit pas à qui il appartient, contre qui il s'exerce, quelle est sa nature, quels biens il frappe et pour quelle somme il les frappe?

130 *bis*. IV. On a cependant contesté que la désignation du créancier fût requise à peine de nullité. On a dit qu'elle était utile au créancier seulement, qu'elle n'était pas un élément de publicité, et que l'inscription qui n'en porterait pas même la trace n'en vaudrait pas moins pour donner à l'hypothèque sa date et son rang (1). Ce que nous avons dit plus haut sur l'utilité de cette mention répond à ces objections. L'inscrivant n'est pas seulement le titulaire d'un droit réel d'hypothèque; il est en même temps créancier, et son hypothèque dépend de sa créance : les tiers n'ont-ils pas intérêt à connaître le nom du créancier, pour s'assurer s'il n'est pas survenu quelque cause d'extinction de la créance? Ne peuvent-ils vouloir faire des offres réelles pour se faire subroger dans les droits du créancier hypothécaire? P. Pont lui-même nous montre un intérêt de la désignation du créancier hypothécaire dans son n° 965, où il suppose qu'un jugement a prononcé la radiation d'une inscription, et cite l'article 548 du Code de procédure, qui exige en un certain cas la signification de ce jugement au domicile de la partie condamnée. Comment agir contre une personne que rien ne désigne? Comment obtenir même un jugement par défaut contre une personne dont on ne sait pas même le nom?

130 *bis*. V. Outre ces cinq énonciations, qui constituent la substance même de l'inscription, l'article 2148 en exige deux autres, qui n'apparaissent dans l'article qu'avec un rang secondaire, et qui n'ont pas semblé mériter une place dans des paragraphes spéciaux.

(1) V. Pont, t. II, n° 669. Aubry et Rau ne comprennent pas non plus cette désignation dans la liste des mentions substantielles. T. II, p. 792. Édit. 1865.

Il s'agit de l'indication d'un domicile élu par le créancier dans l'arrondissement du bureau et de l'indication de l'époque d'exigibilité de la créance. Si la distinction des mentions substantielles et de celles qui n'ont pas ce caractère était légale au lieu d'être purement doctrinale, il serait facile de démontrer que ces deux énonciations ne sont pas absolument indispensables à la publication de l'hypothèque, et que, par conséquent, elles ne sont pas exigées à peine de nullité ; mais il ne faut pas abuser d'une formule qu'on a créée soi-même ; il faut seulement rechercher si la loi a pu attacher une assez grande importance à chacune de ces deux indications pour en faire une condition *sine qua non* de la validité de l'inscription. Il y a présomption que telle a été sa volonté, puisque, sans les mettre en saillie comme les indications précédemment examinées, elle les a comprises dans son énumération, par conséquent dans les formalités auxquelles l'inscription est soumise pour produire son effet, d'après l'article 2134.

Les examinant l'une après l'autre, nous trouvons que la loi a eu raison de faire de ces énonciations des conditions principales de l'inscription.

130 *bis*. VI. Songeons d'abord à l'élection de domicile. On dit qu'elle n'intéresse pas la publicité proprement dite : cela est bien certain; mais on ajoute qu'elle n'intéresse pas le public, parce qu'elle a pour but de rendre faciles les significations à faire au créancier, et qu'à défaut de domicile élu, les tiers lui adresseront ces significations au parquet du tribunal du lieu où devait être faite l'élection de domicile, ou même que les significations pourraient être absolument omises, et que le créancier ne pourrait s'en prendre qu'à lui-même, puisqu'il ne les recevrait pas par suite de sa négligence. Ce système aurait pu certes être admis par le législateur; mais rien n'autorise à le trouver dans le Code civil, et le silence de la loi sur ce point rend le système inadmissible, car il en résulte une absence complète de règle : on dit indifféremment que les significations se feront au parquet ou qu'elles ne se feront pas; c'est l'arbitraire en matière de procédure : sur quoi les parties pourront-elles compter? Si la loi avait admis la doctrine proposée, elle aurait sans aucun doute pris un parti sur cette question des notifications. Elle ne s'est pas expliquée, c'est qu'elle a voulu absolument la régularité de l'inscription sous ce rapport; peut-être a-t-elle eu en vue autre chose que l'intérêt même des créanciers et des tiers acquéreurs

qui veulent faire des notifications; peut-être a-t-elle placé la question plus haut et considéré la régularité des procédures de purge et d'ordre comme ayant un intérêt public, et, à cause de cela, a-t-elle attaché à sa règle la sanction qui protège, dans l'article 2148, les autres règles intéressant plus particulièrement les tiers. Nous voyons du reste dans le Code civil lui-même, et dans une tout autre matière la nullité d'un acte subordonnée à l'absence d'une élection de domicile, alors que cette élection est exigée dans l'intérêt de tierces personnes qui auraient peut-être pu être autorisées à faire au parquet la signification en vue de laquelle le domicile doit être élu. L'article 176, au chapitre des oppositions au mariage, exige une élection de domicile dans le lieu où le mariage doit être célébré; il n'est pas douteux qu'il s'agisse de rendre facile de la part du futur époux la demande en mainlevée d'opposition, et cependant, sans songer à permettre la signification au parquet de la demande en mainlevée, la loi prononce expressément la nullité de l'opposition (1).

130 *bis*. VII. Nous ne pensons pas au surplus que l'élection de domicile devienne inutile quand le créancier, domicilié réellement dans le ressort du bureau, a indiqué dans son inscription son domicile réel; pour arriver à cette conclusion, il faudrait admettre que l'indication du domicile réel vaut élection de domicile : c'est une présomption qu'on établit contrairement aux règles du Code, qui n'admet pas de présomptions légales en dehors des dispositions formelles de la loi; c'est aussi une suppression qu'on fait subir au texte de l'article 2148, 1°, qui demande à la fois l'indication de domicile réel et l'élection d'un domicile. Nous l'avons dit plus haut, il faut que le créancier inscrivant sache bien ce qu'il fait, et qu'il ne croie pas qu'il pourra changer à sa fantaisie, avec son domicile réel, le lieu où les tiers auront à lui adresser des notifications. Dès lors l'indication de domicile réel ne saurait être considérée comme l'équivalent d'une élection de domicile (2).

130 *bis*. VIII. La connaissance de l'époque de l'exigibilité intéresse certainement les tiers créanciers ou acquéreurs, nous l'avons démontré plus haut; cependant on a soutenu que les tiers n'y avaient pas un intérêt de premier ordre; que, quelle que fût l'é-

(1) C. Cass., 26 juillet 1858. Sirey. 1858, 1, 812.

(2) C. Cass., 26 juillet 1858. Sirey, 1858, 1, 812, en sens contraire. C. Cass., ch. réun., 14 janvier 1863. Sirey, 1863, 1, 72.

poque de l'échéance, il n'était pas certain que la dette serait payée à cette époque, qu'il fallait toujours exiger la preuve de l'extinction de la dette : de là on a conclu que la mention de l'exigibilité n'était pas substantielle. Nous ne contestons pas cette appréciation ; mais, nous le répétons, là n'est pas la question, puisque la loi n'a pas consacré la distinction entre les mentions substantielles et les autres. L'article 2148 exige la mention de l'exigibilité ; il est clair qu'il l'exige dans un intérêt de publicité : c'est une des conditions sans lesquelles l'inscription n'est pas complète ; quand elle n'est pas complète, elle n'est pas prise dans les formes légales, donc elle est sans effet. Ce renseignement a moins d'importance que certains autres, cela n'est pas contestable ; mais ce n'est pas une raison pour que la loi qui l'a exigé ait en même temps entendu rendre les parties libres de le donner ou de ne le pas fournir. Ce point, du reste, est démontré par une loi du 4 septembre 1807, destinée, d'après son intitulé, à déterminer le sens et les effets de l'article 2148. Dans ses articles 1 et 2, elle autorise à rectifier les inscriptions qui ne portent pas la mention de l'époque d'exigibilité, et déclare qu'ainsi rectifiée, l'inscription sera considérée comme complète. Ce qui montre bien qu'avant la rectification elle ne satisfaisait pas aux conditions voulues pour qu'une inscription produise ses effets, parce que, suivant l'exposé des motifs de la loi, cette formalité est juste, utile et vraiment constitutive de l'inscription. L'article 3, au surplus, maintient les annulations déjà prononcées par omission de la formalité, et se garde bien de dire que la nullité ne pourra pas être prononcée à l'avenir pour les inscriptions à prendre (1).

130 *bis*. IX. Il résulte de l'examen détaillé que nous venons de faire des mentions exigées par l'article 2148, que, sans s'attacher au sens juridiquement exact de l'expression énonciation substantielle, on doit considérer comme nécessaires, à peine de nullité, toutes celles qu'énumère l'article 2148, au nombre de sept, et que c'est seulement quant aux dispositions de détail qui indiquent comment les renseignements exigés seront fournis, qu'il y a lieu de ne pas s'en tenir strictement à toutes les indications signalées par l'article, pourvu que l'inscription renseigne suffisamment le

(1) V. C. Cass., 30 juin 1863. Sirey, 1863, 1, 441, et aussi une décision qui suppose admise celle que consacre l'arrêt de 1863. C. Cass., 1er mai 1876, Sirey, 1876, 1, 303.

public sur le point dont le Code veut la publication. C'est ainsi que quand il parle de la désignation du débiteur, après avoir demandé ses nom, prénoms et domicile, l'article ajoute : ou une désignation individuelle et spéciale, telle que le conservateur puisse reconnaître et distinguer l'individu grevé d'hypothèque. Il n'y a pas lieu d'être plus sévère quant à la désignation du créancier ou de l'immeuble grevé : ce que la loi veut, c'est que le créancier soit connu, que l'immeuble ou les immeubles ne puissent se confondre avec d'autres.

130 *bis*. X. Quant au montant de la créance, il pourrait arriver qu'il ne fût pas exactement indiqué : le résultat ne serait pas le même que si l'on avait omis de le fixer. Si le chiffre était supérieur à celui de la dette, il y aurait lieu à une réduction partielle de l'inscription. S'il était inférieur, l'inscription serait valable, mais pour le chiffre indiqué seulement. De même si les accessoires de la créance ne sont pas énoncés, l'inscription du principal est valable; mais l'hypothèque ne garantit pas les accessoires.

Notre doctrine, appuyée sur la jurisprudence, me paraît avoir l'avantage pratique de donner une règle qui n'a rien d'arbitraire, puisqu'elle considère comme également exigées, à peine de nullité, toutes les énonciations qui sont l'objet de l'article 2148; tandis qu'elle n'attache pas la même importance aux termes dont les parties se sont servies pour faire les énonciations, alors même qu'elles n'auraient pas donné tous les détails indiqués par l'article, à propos de chacune des indications exigées.

131. La disposition qui prescrit de mentionner dans l'inscription le montant du capital et des accessoires suppose avec raison que l'hypothèque du principal s'applique aux accessoires, par conséquent aux intérêts ou arrérages. C'est en effet un principe constant. Bien plus, quoique les intérêts ne commencent à être dus qu'au fur et à mesure de leur échéance, comme cette dette néanmoins a son origine dans l'obligation principale à laquelle la loi ou la convention attribue l'effet de les produire, on tenait autrefois que l'hypothèque à leur égard aurait toujours le même rang que pour le principal (v. *Scævol.*, *D. L.* 18, *qui pot. in pign.*). Mais le Code, pour ne pas rendre par là illusoire le bienfait de la publicité, a restreint l'applica-

tion du principe à deux années, en sus de l'année courante (c'est-à-dire de celle qui court au moment de l'événement qui donne lieu à la distribution). De nouvelles inscriptions sont nécessaires pour donner rang aux années d'intérêt qui excéderaient le nombre fixé. V. art. 2151.

Remarquons ici, d'après les termes mêmes de la loi, que pour assurer au créancier sa collocation à raison des intérêts, dans la mesure de temps fixé, il n'est pas nécessaire que l'inscription soit prise expressément pour ces intérêts; il suffit qu'elle énonce que le capital en produit, pourvu, bien entendu, que leur taux soit indiqué.

Remarquons, en second lieu, que la loi n'a pas distingué par leur époque d'échéance les années d'intérêts qui doivent être colloquées au rang du principal; elle en fixe seulement le nombre. Il en résulte que le créancier auquel il sera dû, lors de l'événement, deux années d'intérêts, outre la partie échue de l'année courante, obtiendra toujours sa collocation pour ces deux années et l'année courante. S'il lui en est dû davantage, et qu'il ait pris des inscriptions particulières, comme il aura pu le faire au fur et à mesure des échéances, il sera colloqué à la date de chaque inscription, pour tous les intérêts lors échus, ou pour la portion de ces intérêts qui ne se trouverait point employée dans les deux années et l'année courante pour lesquelles la collocation a lieu au même rang que pour le principal.

Remarquons, enfin, que les retards qui peuvent survenir dans la distribution des deniers, sans le fait du créancier, ne devant pas faire perdre à celui-ci le bénéfice de la collocation, à laquelle il a droit acquis, au plus tard, du jour où il la réclame, les intérêts moratoires, qui courent jusqu'à ce que l'ordre soit définitivement arrêté (C. Pr., art. 765), ne peuvent entrer dans le calcul des deux années et de l'année courante, dont le rang est assuré par l'article 2151. Mais ces intérêts moratoires doivent naturellement s'ajouter à la collocation, et toujours au même rang que pour le principal (v. C. Pr., art. 765, 768).

131 *bis*. I. L'hypothèque qui garantit la créance principale doit garantir la créance accessoire. Si l'on s'en était tenu à cette idée, tous les intérêts échus et non prescrits auraient dû être colloqués au même rang que le principal. Mais une règle semblable aurait été très préjudiciable au crédit du débiteur, puisque les tiers auraient toujours pu redouter l'augmentation incessante de la dette qui les prime. Elle aurait pu nuire en outre aux tiers qui n'auraient peut-être pas compté sur cette accumulation des intérêts; elle aurait facilité des fraudes qui feraient revivre des droits éteints par le paiement des intérêts. La loi a voulu que chacun pût savoir à quoi s'en tenir sur les intérêts. Elle leur a laissé à tous le caractère de dette hypothécaire, mais elle a fait des distinctions quant au rang.

131 *bis*. II. L'inscription du capital conserve de plein droit à son rang la créance de quelques années d'intérêts; pour les autres années, elles n'ont de rang qu'en vertu d'inscriptions spéciales, prises après leur échéance. Les tiers sont donc sûrs d'être primés seulement par les années qui empruntent le rang de la dette principale, à moins qu'ils ne soient prévenus, pour un plus grand nombre d'années, par des inscriptions spéciales ayant un rang antérieur à celui de leurs créances.

131 *bis*. III. Les intérêts qui sont garantis par l'inscription du capital sont, aux termes de l'article 2151, ceux de deux années et de l'année courante, c'est-à-dire deux années entières et une fraction d'année. Il est impossible de croire, en effet, que l'année courante soit tout entière comprise dans l'article, même pour la fraction de l'année qui n'est pas encore écoulée lorsque survient l'événement par rapport auquel on peut dire qu'une année est courante, parce que cet événement se produit au cours de cette année. Si la loi avait voulu que cette année fût tout entière colloquée au rang du capital, elle n'aurait pas besoin de la distinguer des deux autres et de la qualifier *année courante ;* il eût été plus simple de dire que l'inscription conserve trois années d'intérêts. Distinguer l'année courante des deux autres, c'est reconnaître que celle-là n'est pas traitée comme celles-ci, et qu'elle n'est colloquée que pour ce qui a déjà couru.

131 *bis*. IV. Là n'est pas la principale difficulté sur l'année courante. Ce qui est particulièrement douteux quant à cette année, c'est sa détermination même. L'expression *courante* est relative, et

la loi a négligé de nous dire par rapport à quel événement elle qualifiait une année d'année courante. On pourrait comprendre qu'il s'agit de l'année au cours de laquelle est prise l'inscription. Cependant il n'est pas probable que telle ait été la pensée du législateur, car il n'a songé, dans son article 2151, à limiter l'effet des inscriptions qu'en ce qui concerne les intérêts à venir. Pour les intérêts du temps passé, il n'y a pas à s'en préoccuper au moment où l'inscription est prise. Ce sont des sommes déjà dues, et pourvu qu'elles soient indiquées dans l'inscription, il n'y a aucune raison pour qu'elles n'aient pas le même rang que le capital. L'année courante à cette époque elle-même, ou pour mieux dire la portion des intérêts afférente à la partie déjà écoulée de l'année, est certes dans la même situation. Bien qu'elle ne soit peut-être pas exigible, comme le droit aux intérêts s'acquiert jour par jour, le créancier peut la comprendre dans son inscription. Il n'y a pas d'incertitude sur l'existence de cette dette accessoire, et l'article 2151 n'a statué que sur les intérêts à courir depuis l'inscription. Cela résulte clairement de son texte qui parle d'un capital produisant intérêts et non d'un capital qui aurait produit des intérêts, et qui, de plus, dans sa phrase finale, parle de plusieurs inscriptions spéciales ayant une autre date que celle de l'inscription première; tandis que s'il s'agissait d'intérêts échus dans le passé, et si l'inscription du capital conservait deux années de ces intérêts, ce ne serait pas plusieurs inscriptions spéciales, mais une seule, qui devrait être prise pour toutes les années dépassant le chiffre de deux, comme aussi, bien évidemment, cette inscription spéciale serait prise en même temps que l'inscription du capital, et les diverses années d'intérêts se trouveraient toutes avoir le même rang.

L'événement qui détermine l'année courante est donc un événement postérieur à l'inscription. Mais cet événement n'est pas indiqué par le Code, et par conséquent la doctrine doit le rechercher sans être absolument sûre de rencontrer l'époque que le législateur avait précisément en vue. L'opinion la plus généralement admise est celle qui prend comme événement déterminant l'année courante, la demande en collocation formée par le créancier. C'est, dit-on, le moment où il exerce son droit de préférence. Jusque-là il a dû faire des actes conservatoires; il a dû, comme nous le dirons bientôt, inscrire les années échues au fur et à mesure que les échéances arrivaient. Mais quand il demande à être colloqué, il faut

bien, s'il est au cours d'une année, que cette année pour laquelle il n'a pas encore pris d'inscription ne soit pas perdue. et voilà pourquoi la loi attribue aux intérêts de cette fraction d'année le rang du principal de la créance. On a pu et dû prévoir, en effet, que tôt ou tard le droit du créancier s'exercerait sous forme de demande en collocation; qu'à cette époque il serait dû quelques jours ou quelques mois d'intérêts sur l'année dans laquelle on se trouverait, et que cette créance n'aurait pas pu être inscrite séparément. Les tiers qui calculent, au moment où ils prennent eux-mêmes une inscription, le tort que leur fera une inscription préexistante doivent compter sur cette fraction plus ou moins considérable des intérêts d'une année qui les primera au même rang que le principal.

131 *bis*. V. L'année courante est donc, dans la doctrine commune, l'année pendant laquelle se produit la demande en collocation, et non pas, bien entendu, l'année du calendrier, non pas même l'année qui prendrait pour point de départ l'anniversaire du jour où pour la première fois les intérêts ont couru. C'est l'année qui a pour point de départ l'anniversaire de la première inscription prise pour le capital. Il s'agit ici, en effet, des intérêts conservés par l'inscription; nous avons établi que cette inscription n'avait pas pour objet les années échues, ou la fraction d'année qui la précède; parler des années d'intérêts conservées par l'inscription, c'est donc envisager le cours des années depuis l'inscription elle-même, puisqu'elle ne conserve que les intérêts des années ultérieures.

Cette doctrine commune sur la détermination de l'année courante n'est pas la doctrine universelle. On a proposé de considérer comme événement déterminant l'année courante, le jugement d'adjudication, quand l'immeuble est vendu sur saisie, et les notifications à fin de purge, quand l'immeuble a été vendu volontairement (1). Cette opinion s'appuie sur ce que ces événements convertissent le droit du créancier hypothécaire en un droit sur le prix de l'immeuble, que dès lors ils fixent la situation des créanciers hypothécaires, et que, par conséquent, le créancier a, de ce jour et sans nouvelle inscription, le droit d'être colloqué comme si ce jour-là même la distribution par voie d'ordre avait pu être faite. Cette opinion nous paraît prêter au législateur une pensée qui n'est pas

(1) V. Aubry et Rau, t. II. p. 859, n° 21. Édit. 1865.

indiquée dans l'article 2151, tandis que le texte de cet article permet plutôt de croire que le législateur se plaçait à l'époque de la demande en collocation, puisqu'il détermine quelle est l'étendue du droit du créancier au point de vue de sa collocation. Il a le droit d'être colloqué pour deux années ; parler de la collocation, de l'exercice de ce droit, et statuer sur l'année courante, n'est-ce pas, selon toute probabilité, statuer sur l'année pendant laquelle ce droit est exercé ?

Il ne faut pas, du reste, présenter cette solution comme injustement préjudiciable aux intérêts du créancier. Elle mériterait ce reproche si, entre l'adjudication sur saisie ou la notification tendant à la purge et la demande en collocation, il devait s'écouler une période de temps pendant laquelle il serait impossible au créancier de garantir hypothécairement les intérêts de sa créance. Mais nous ne pensons pas qu'il en soit ainsi. Si nous décidons que les intérêts de la créance ne sont pas de plein droit conservés par l'inscription primitive tant que la demande en collocation n'est pas faite, il faut bien que nous reconnaissions au créancier le droit de prendre des inscriptions spéciales pour les intérêts excédant le chiffre de deux années et qui viendraient à échéance entre le moment où le droit sur l'immeuble est converti en un droit sur le prix et la demande en collocation. Il importe peu que la prise des inscriptions ne soit plus possible en ce qui touche le principal, parce qu'il ne s'agit pas ici d'annoncer un droit d'hypothèque nouveau non encore vivifié par l'inscription, mais de tirer les conséquences d'un droit préexistant déjà manifesté par une inscription valablement prise. C'est ainsi que nous aurons à dire qu'après la faillite du débiteur ou sa mort suivie d'acceptation bénéficiaire, les inscriptions pour les intérêts pourront être prises : elles sont en germe comprises dans l'inscription première ; les inscriptions subséquentes ne sont, en quelque sorte, que des annexes de cette première inscription.

Après avoir détruit l'objection contre le système qui entend par année courante celle dans laquelle se produit la demande en collocation, il faut montrer une conséquence inadmissible de celui qui considère comme année courante celle pendant laquelle se produit l'adjudication sur saisie ou la notification à fin de purge. Il suppose qu'à partir de l'un ou de l'autre de ces événements, les intérêts bénéficieront de l'inscription prise pour le capital ; car il reproche au système opposé de reculer, au détriment du créancier,

l'année courante au moment ultérieur de la demande en collocation. C'est donc qu'il admet qu'à partir de l'événement qui détermine l'année courante, les intérêts sont de plein droit garantis. Or cette solution est très inquiétante au point de vue de la publicité ; car il est possible que postérieurement à l'adjudication ou à la notification à fin de purge l'acquéreur ait constitué des hypothèques, et il est nécessaire que les nouveaux créanciers connaissent exactement le montant des sommes couvertes par les inscriptions préexistantes. Ils ne sont pas trompés quand l'inscription garantit deux années et l'année courante, quand les autres années sont l'objet d'inscriptions spéciales; mais s'il faut ajouter aux deux années et à l'année courante, garanties par l'inscription première, le temps qui s'écoule entre l'adjudication ou la notification et la demande en collocation, ils risquent d'être victimes de leur ignorance. Qu'on ne dise pas que dans l'autre système la même iniquité peut se produire pour le temps postérieur à la demande en collocation, parce que l'article 768 du Code de procédure donne au saisi et au créancier sur lequel les fonds manquent, un recours, contre les créanciers qui ont succombé dans leurs contestations, pour les intérêts et arrérages qui ont couru pendant les contestations.

131 *bis*. VI. L'année courante est donc l'année dans laquelle se place la demande en collocation, en prenant pour point de départ de la première année d'intérêts l'époque de l'inscription. A partir de la demande en collocation, il n'y a pas à se préoccuper des intérêts qui resteraient à courir pour la fin de cette année, parce que depuis la demande en collocation tous les intérêts à courir seront colloqués à la date de l'inscription du capital, non plus comme intérêts, et par conséquent sans être soumis aux restrictions de l'article 2151, mais comme accessoire du capital. Il faut bien que le créancier qui, en produisant à l'ordre, a fait tout ce qu'il pouvait pour exercer son droit, ne souffre pas des lenteurs nécessaires de la justice, et qu'il ne perde pas l'intérêt du capital pour lequel il a droit d'être colloqué. Le Code de procédure reconnaît d'une façon très nette ce droit du créancier dans son article 765, où il déclare qu'à partir de la clôture de l'ordre les intérêts et arrérages des créanciers utilement colloqués cessent à l'égard de la partie saisie. S'ils cessent, c'est qu'ils couraient. Il complète sa démonstration dans l'article 768, que nous avons déjà cité, duquel il résulte que le cours des intérêts pendant la procédure d'ordre a nui non seule-

ment au saisi, mais même aux créanciers hypothécaires postérieurs, ce qui implique que ces intérêts ont été compris dans la collocation du créancier produisant; car cet article donne au créancier sur lequel les fonds manquent un recours contre ceux qui ont prolongé l'ordre par des contestations mal fondées. Si ces lenteurs n'avaient pas accru le chiffre de la collocation du créancier antérieur, le créancier postérieur n'aurait pas à se faire indemniser.

131 *bis*. VII. Voilà pour l'année courante et pour le temps qui l'a suivie; il faut maintenant nous expliquer sur le temps qui l'a précédée. L'inscription du capital conserve deux années d'intérêts. La loi ne précise pas, et avec raison, quelles sont ces deux années. S'il s'agissait de celles qui suivent immédiatement l'inscription, le créancier serait obligé, aussitôt la seconde année expirée, de poursuivre l'expropriation du débiteur pour le paiement des deux années échues, parce que s'il commettait l'imprudence d'attendre encore un an, il s'exposerait à perdre cette troisième année lorsqu'au moment de prendre pour cette année une inscription spéciale, il trouverait des inscriptions primant cette nouvelle inscription qu'il voudrait prendre.

Bien plus, si le débiteur avait payé exactement les intérêts des deux premières années, le danger serait encore plus grand : la troisième année ne serait pas, malgré le paiement des deux premières, garantie par l'inscription du capital; elle ne pourrait l'être que par une inscription spéciale prise après son échéance, c'est-à-dire à un moment où la valeur totale de l'immeuble se trouvera peut-être absorbée par d'autres inscriptions, et le créancier n'aurait pas le moyen d'éviter ce danger, puisqu'il ne pourrait pas saisir pour les intérêts des années échues qui auraient été payées, non plus pour les intérêts à échoir, et peut-être pas pour le capital dont l'exigibilité ne serait pas arrivée.

131 *bis*. VIII. Nous démontrons ainsi que les deux années dont parle l'article 2151 ne sont pas les deux années qui suivent l'inscription; s'agirait-il des deux dernières, celles qui précèdent l'année courante? c'est ce qui était probablement dans la pensée de la loi quand elle a rapproché dans la même phrase *deux années* et l'*année courante*. Ce n'est cependant pas ainsi qu'on présente ordinairement l'explication de ces expressions de l'article : la formule généralement donnée est que le créancier peut réclamer, au rang du capital, le paiement de deux années quelconques d'inté-

rêts. Il nous paraît qu'il serait plus clair de dire qu'il s'agit des deux années précédant l'année courante; le résultat pratique des deux formules serait le même, ce qui nous entraîne à préférer la plus simple.

Voici, en effet, comment on explique le système de la loi et la formule qui donne au créancier le droit de rattacher à l'inscription du capital deux années quelconques d'intérêts : la loi a voulu permettre aux créanciers prudents de conserver leur hypothèque pour tous les intérêts, sans porter atteinte aux droits des tiers, qui doivent trouver dans le registre des hypothèques des renseignements exacts et précis sur l'état hypothécaire de l'immeuble. Le créancier peut donc être certain de sa collocation pour les intérêts tant qu'il ne lui est pas dû plus de deux années; dans le cours de la troisième année, il doit considérer la situation de l'immeuble au point de vue de sa valeur et de ses charges hypothécaires; s'il pense que l'immeuble ne pourrait pas garantir utilement une inscription en sus de celles dont il est actuellement frappé, il ne doit pas laisser plus longtemps courir les intérêts, et il faut qu'il poursuive immédiatement le paiement des intérêts échus, parce qu'il sera colloqué pour les deux années échues et l'année courante, pendant laquelle il commencera ses poursuites. Si, au contraire, l'immeuble peut supporter utilement une nouvelle inscription pour la somme représentée par les deux années échues, il les inscrira spécialement; elles auront un rang à la date de cette inscription, puis il conservera en quelque sorte disponible l'inscription primitive (celle du capital), en tant qu'elle comprend deux années, et lorsque viendra la distribution du prix de l'immeuble, il rattachera à cette inscription primitive les deux années quelles qu'elles soient qui ne seront pas garanties par des inscriptions spéciales.

Exemple. L'inscription première est prise le 1er février 1870 pour un capital de 10,000 francs, et intérêts à cinq pour cent. Au 1er février 1872, il est dû deux années d'intérêts, soit 1,000 fr.; de plus, l'immeuble a été frappé par un tiers d'une inscription pour 5,000 francs. Si l'immeuble ne vaut pas plus de 16,500 francs, il n'y a pas lieu de laisser courir les intérêts, car l'inscription que le créancier prendrait à cette époque serait primée par 11,500 francs de sa première inscription et 5,000 francs de l'inscription prise par le tiers. S'inscrire aujourd'hui pour les deux années échues, c'est s'exposer à les perdre, car, dans deux ans, il sera dû cinq ans d'in-

térêts avec l'année courante; l'inscription utile, la première, en garantira trois; mais la seconde, qui est primée par 16,500, ne viendra pas en ordre utile.

Si, au contraire, l'immeuble, dans le cours de la troisième année, vaut 20,000 francs, il n'y a pas de danger : le créancier peut inscrire à la suite des 16,500 francs déjà inscrits les 1,000 francs d'intérêts échus pour les deux ans, et garder le bénéfice de son inscription première pour les intérêts qui vont courir; ceux-ci ne sont pas exposés. Car de nouvelles inscriptions prises ne pourraient jamais leur préjudicier.

Après quatre ans, le même examen redeviendra nécessaire, et le créancier pourra encore ne pas poursuivre si l'immeuble représente alors en fonds libres la somme suffisante pour garantir une nouvelle inscription de 1,000 francs.

Par ce procédé, la loi met à la disposition du créancier le moyen de conserver l'hypothèque pour tous les intérêts qui viennent à échoir, sans qu'il ait à craindre les conséquences d'une nouvelle constitution d'hypothèque faite par le débiteur, ou de l'inscription d'une hypothèque précédemment constituée et non inscrite.

131 *bis*. IX. Voilà le but que la loi s'est proposé et qu'elle a certainement atteint; mais est-il nécessaire, pour constater ce résultat, de dire que le créancier choisira les deux années qu'il rattachera à l'inscription du capital? N'est-il pas clair que par la force des choses, ce sont les deux dernières années, celles qui précèdent l'année courante, qui jouiront de cet avantage? Le créancier prend inscription tous les deux ans, tant que l'immeuble présente une valeur suffisante; il est certain que celles qui finiront par avoir le rang de l'inscription principale seront celles qui n'auront pas été l'objet d'inscriptions spéciales, autrement dit les deux dernières, celles à l'expiration desquelles le créancier poursuit, parce que l'immeuble ne peut plus porter utilement de nouvelles inscriptions; que s'il avait été négligent et avait laissé passer trois ou quatre ans sans prendre une inscription spéciale, on ne voit pas l'intérêt qu'il aurait à ce que, sur ces quatre ans, ce fussent plutôt les deux premières et non les dernières qui fussent garanties par l'inscription du capital.

En somme, il nous semble qu'on exprime plus simplement et d'une façon aussi vraie la pensée du législateur en disant que les deux années dont parle l'article 2151 sont les deux dernières,

c'est-à-dire celles qui précèdent immédiatement l'année courante.

131 *bis*. X. Les inscriptions spéciales, conservant l'hypothèque des intérêts au fur et à mesure que les intérêts sont échus, peuvent être prises alors même que le débiteur est en faillite ou que sa succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire, parce qu'il ne s'agit pas de créer sur les immeubles un droit nouveau, mais de constater le développement d'un droit d'hypothèque régulièrement constitué et publié avant l'événement qui fait obstacle en principe à la prise des inscriptions.

131 *bis*. XI. Cette solution, admise par la Cour de cassation (1) et appuyée sur les motifs que nous venons d'indiquer, emporte celle que nous avons annoncée plus haut quant aux intérêts qui courent, depuis l'époque où le droit du créancier hypothécaire s'est converti en un droit sur le prix jusqu'au jour de sa demande en collocation. Ils pourront être conservés par des inscriptions spéciales, parce que l'interdiction de prendre inscription à cette époque ne s'applique qu'à l'inscription des créances principales constituant un droit nouveau et ne concerne nullement les intérêts des créances précédemment inscrites, qui n'en sont que l'accessoire et la conséquence. Ces expressions sont littéralement empruntées à l'arrêt que nous venons de citer.

131 *bis*. XII. L'inscription prise pour le principal conserve, d'après l'article 2151, deux années d'intérêts et l'année courante; elle ne saurait avoir l'effet de conserver de plein droit des années d'intérêts des intérêts. C'est la conséquence nécessaire de la doctrine que nous avons admise, au tome V, sur les conditions de l'anatocisme. Nous avons décidé, au n° 71 *bis* III, que la convention d'anatocisme comme la demande judiciaire tendant à la capitalisation des intérêts ne pouvaient avoir pour objet que des intérêts d'une année déjà échue lors de la convention ou de la demande. Ceci étant admis, l'inscription du capital ne peut pas comprendre, soit tacitement, soit expressément, une inscription pour les intérêts des intérêts, puisque le fait que crée l'obligation à des intérêts ne contient pas encore, même en germe, le droit à des intérêts d'intérêts. Les intérêts d'intérêts ne pourront donc être conservés par une inscription qu'à partir du moment où aura été valablement faite la convention ou la demande qui rend les intérêts pro-

(1) V. C. Cass., 20 février 1850. Sirey, 1850, 1, 185.

ductifs. Il faudra alors une inscription spéciale, ou, pour mieux dire, il suffira, en prenant inscription pour une année d'intérêts échus, de mentionner que ces intérêts produisent eux-mêmes des intérêts, et alors les intérêts échus devenant désormais un capital produisant intérêt, l'inscription prise pour ces intérêts échus conservera deux années et l'année courante des intérêts de ces intérêts échus conservés par l'inscription spéciale.

131 *bis*. XIII. La règle de l'article 2151 s'applique aux arrérages de rentes aussi bien qu'aux intérêts des capitaux, et comme il n'est pas fait de distinction par le texte, aussi bien aux arrérages de rentes viagères qu'à ceux des rentes perpétuelles. On a objecté cependant que les rentes viagères n'ont pas un capital produisant des arrérages, et que la dette est plutôt une dette d'annuités à terme incertain; que, par conséquent, l'inscription doit conserver le droit à toutes ces annuités considérées comme de petits capitaux, dans les limites de l'évaluation que le créancier avait dû faire dans son inscription, aux termes de l'article 2132. Ces objections nous paraissent inspirées par une théorie qui est contraire à celle du Code sur la nature de la rente viagère. Certes, la rente viagère ne suppose pas un capital dû; mais les arrérages ne sont pas considérés par la loi comme autant de dettes spéciales; les arrérages sont des fruits, donc il existe un bien produisant ces fruits; ce bien, c'est le droit, la rente elle-même : ceci résulte clairement de l'article 588 qui attribue tous les arrérages de la rente viagère à l'usufruitier de cette rente; il ne devrait avoir que l'usufruit des annuités, si ces annuités étaient des capitaux. Il faut traiter les arrérages des rentes viagères, comme ceux des rentes perpétuelles, en considérant la rente comme le capital qui produit les arrérages, et décider que l'inscription première, qui conserve le droit lui-même, ne conserve quant aux arrérages que deux années et l'année courante.

131 *bis*. XIV. Il reste à examiner quels sont exactement les créanciers dont les inscriptions sont, quant aux intérêts, restreintes dans leurs effets par l'article 2151. Ce sont bien certainement les créanciers ayant une hypothèque conventionnelle ou judiciaire, puisque leur rang dépend de l'inscription prise, et que l'article s'occupe de la collocation du créancier au rang déterminé par son inscription.

Mais il ne faut pas appliquer l'article aux hypothèques qui ont

un rang indépendant de leur inscription; la femme mariée, le mineur et l'interdit, ne doivent pas plus être astreints à prendre des inscriptions pour conserver leurs créances d'intérêts, qu'ils n'y sont obligés pour leurs créances en capital. Seulement, dès qu'aux termes de l'article 8 de la loi de 1855, l'hypothèque doit être forcément inscrite pour conserver son rang, l'inscription ne conservera plus, au moins quant aux droits liquidés, les intérêts que dans les conditions de l'article 2151 (1).

131 *bis*. XV. Indépendamment de cette exception, il en est une qui dérive nécessairement de la nature des choses. Pour que des intérêts soient soumis à une condition spéciale de conservation, il faut qu'il existe en fait une distinction entre le capital et les intérêts. Ainsi, quand un jugement ordonne une reddition de compte, le capital qui sera définitivement dû en vertu de ce compte n'est pas dès actuellement déterminé; il est possible que, dans le chiffre définitivement dû par le débiteur du compte, il entre des intérêts qui auront couru, soit pendant la gestion, soit pendant la reddition de compte; mais ces intérêts n'apparaissent pas encore distincts du capital dû : ils seront un des éléments dont se composera ce capital mis par le compte à la charge de celui qui le rend. Ils ne peuvent pas dès à présent être exigés; il n'y a donc pas à les conserver séparément : ils sont conservés tout entiers par l'inscription prise pour garantir la créance résultant du compte. C'est seulement quand le compte aura fixé la somme définitivement due, que les intérêts de cette somme se trouveront soumis à la règle de l'article 2151.

131 *bis*. XVI. Le même raisonnement s'applique aux intérêts des créances garanties par l'hypothèque légale de l'État, des communes ou des établissements publics sur les biens des comptables. Cette hypothèque n'est pas dispensée d'inscription; mais la créance est une créance de compte, et, par la force des choses, l'inscription prise éventuellement en vue du cas où le comptable se trouverait en *debet*, comprend tous les intérêts qui pourraient courir jusqu'à la reddition du compte; c'est alors seulement que, les sommes dont le comptable est débiteur étant constatées par un arrêt ou un jugement, l'application de l'article 2151 devient possible.

131 *bis*. XVII. Enfin nous devons soustraire à l'application de

(1) V. C. Cass., 27 janvier 1885. Sirey, 1886, 1, 109.

l'article les intérêts des créances privilégiées. Il ne faut pas oublier que l'article 2151 est une disposition qui a un caractère exceptionnel, car elle distingue parmi les accessoires de la créance qui, en principe, doivent occuper le rang de la créance elle-même. Une disposition exceptionnelle doit être limitée dans son application aux objets dont elle traite expressément. Or l'article 2151 statue sur le rang d'un créancier ayant hypothèque et ne mentionne pas les créanciers qui ont un privilège, quoique le Code ait eu soin d'en parler spécialement dans un grand nombre des articles de la section (2146, 2148, 2154). Bien plus, si l'article 2151 s'appliquait au privilège, il changerait, sans que le créancier fût en faute, la nature du droit quant aux intérêts conservés par des inscriptions spéciales. Les intérêts de deux années et de l'année courante auraient le rang du principal, un rang privilégié, indépendant de la date de l'inscription; mais les intérêts des autres années ne pourraient avoir rang qu'à compter de la date des inscriptions, c'est-à-dire un véritable rang d'hypothèque et non de privilège. La créance accessoire perdrait la nature de la créance principale, sans que le créancier pût empêcher par sa diligence cette altération de son droit. C'est là, ce nous semble, la plus forte preuve de l'intention du législateur; il n'a pas pu songer à appliquer aux privilèges une règle qui aurait une telle conséquence. S'il avait jugé nécessaire de prévenir le public de l'accroissement de la dette au fur et à mesure des échéances d'intérêts, il aurait été conduit à accommoder sa règle à l'espèce qu'il prévoyait, comme, par exemple, à exiger l'inscription dans un certain délai après les échéances; en appliquant alors l'article 2113, les intérêts fussent restés privilégiés s'ils avaient été inscrits dans le délai; inscrits trop tard, ils eussent été seulement protégés par une hypothèque. L'absence de cette règle, ou de quelque autre semblable, démontre que tous les intérêts sont privilégiés comme le capital.

Nous ferons remarquer, en terminant, qu'on ne peut pas invoquer contre notre décision les dangers de la clandestinité des hypothèques. Le public est prévenu de l'existence du privilège pour le capital et tous les intérêts; il se méfiera. C'est le crédit du débiteur qui est seul atteint; c'est peut-être un mal, mais un mal qui n'est pas comparable à celui qui résulterait d'une hypothèque véritablement occulte.

132. L'élection de domicile exigée dans l'inscription devant être entièrement libre, pourvu qu'elle soit faite dans l'arrondissement, on n'a pu refuser au créancier le droit de le changer par la suite. Le même droit, appartenant à ses représentants, appartient naturellement à son cessionnaire (art. 1692). Mais pour prévenir à cet égard toute fraude, la loi exige que la cession soit authentique. V. art. 2152.

132 *bis*. I. L'élection de domicile constitue celui chez qui le domicile est élu mandataire de celui qui a fait l'élection. Les mandataires peuvent être révoqués par leurs mandants. Voilà pourquoi l'élection peut être changée. Mais comme ce mandat a été donné dans l'intérêt des tiers, en vertu d'une prescription impérative de la loi, le mandataire ne peut pas être révoqué sans qu'un autre soit constitué à sa place. Si cette nouvelle constitution n'avait pas été faite, la révocation, c'est-à-dire l'élection d'un nouveau domicile, ne produirait pas d'effets. C'est la disposition de l'article. Le créancier peut changer le domicile élu, à la charge d'en choisir un autre. S'il ne satisfait pas à cette condition, l'ancienne élection de domicile subsistera, et les tiers pourront faire à ce domicile toutes les significations qu'ils pouvaient y adresser avant la nouvelle élection.

132 *bis*. II. Pour que le conservateur admette une déclaration de changement de domicile élu émanée d'un cessionnaire, il est nécessaire que la cession soit constatée dans un acte authentique. C'est une précaution imposée par la crainte des fraudes qu'on pourrait commettre en simulant une cession pour faire changer le domicile élu, de telle sorte que le créancier ignorerait toutes les significations qui lui seraient adressées.

132 *bis*. III. L'article exige que les représentants ou cessionnaires du créancier justifient de leur qualité par acte authentique quand ils veulent opérer un changement de domicile élu, et cependant l'article 2148 n'exige pas une procuration authentique ou un acte de cession authentique lorsqu'il s'agit d'inscrire l'hypothèque. Cela s'explique très naturellement : l'inscription, alors même qu'elle est prise par une personne que le créancier n'en a pas chargée, ne présente aucun danger, bien qu'elle contienne une élection de domicile qui ne répond pas aux vœux de ce

créancier. Cette inscription, en effet, vaut encore mieux pour le créancier que l'absence d'inscription; elle donne un rang à sa créance, et s'il ne reçoit pas les significations, parce que le domicile a été mal choisi, il ne les aurait pas reçues davantage s'il n'était pas inscrit. Il n'y a donc pas à se montrer exigeant pour celui qui prend une inscription, tandis qu'il faut garantir le créancier qui s'est inscrit, qui a élu un domicile, contre un changement de domicile opéré par un tiers sans son assentiment.

132 *bis*. IV. Il faut cependant faire une distinction en ce qui concerne le cessionnaire qui prend inscription. S'il inscrit le droit au nom du cédant, il agit comme mandataire ou gérant d'affaires, et il ne compromet rien, alors même que la cession n'est pas authentique; mais s'il veut paraître lui-même comme créancier, il faudra que l'acte de cession soit authentique, car l'article 2148 exige la production d'une expédition authentique de l'acte qui donne naissance au privilège ou à l'hypothèque. Or, dans la circonstance, il ne suffit pas de justifier que le droit est né en faveur du cédant; il faut établir qu'il est né aussi en faveur du cessionnaire, puisque celui-ci se présente comme créancier, et que l'article impose au créancier qui s'inscrit l'obligation de prouver authentiquement la naissance de son droit.

133. Nous avons déjà vu que l'indication des biens affectés ne peut être exigée dans l'inscription des hypothèques générales, ce qui comprend les hypothèques légales et judiciaires. Pareillement, on n'a pas dû exiger l'indication du montant de la créance à l'égard des hypothèques accordées par la loi pour sûreté de droits essentiellement indéterminés. On ne pouvait pas davantage obliger, dans ce cas, le requérant à représenter un titre, le titre étant dans la loi même.

Si donc il s'agit d'une des hypothèques légales énoncées en l'article 2121, il suffit de représenter deux bordereaux indicatifs :

1° De la personne du créancier et du domicile par lui élu;

2° De la personne du débiteur;

3° De la nature des droits à conserver, sans qu'il y ait lieu d'en fixer la valeur, si ce n'est pour la partie de ces droits déjà déterminée. V. art. 2153.

134. La loi, pour ne pas rendre trop difficile la recherche des inscriptions, oblige à les renouveler tous les dix ans; l'inscription ainsi renouvelée conserve tous ses effets; elle les perd à défaut de renouvellement. V. art. 2154.

Du reste, la loi ne distinguant pas, la nécessité du renouvellement s'applique même aux hypothèques qui subsistent indépendamment de l'inscription, mais qui, pour cela, n'en sont pas entièrement dispensées. Cette nécessité a lieu aussi sous certains rapports pour l'inscription d'office du privilège du vendeur; mais il est bien à remarquer que c'est au vendeur et non au conservateur qu'incombe la charge du renouvellement. V. Avis du conseil d'État, 22 janvier 1808.

134 *bis*. I. L'inscription ne produit pas un effet indéfini. Elle ne vaut pas tant que vaut l'hypothèque. Les conservateurs auraient trop de peine à se reconnaître s'ils étaient obligés de faire des recherches dans des registres remontant à des époques très éloignées. Ils seraient exposés à encourir des responsabilités très lourdes quand leurs difficiles recherches auraient donné des résultats inexacts, et, ce qui est plus grave au point de vue général, le crédit hypothécaire souffrirait de l'incertitude qui régnerait, par la force des choses, sur la valeur des certificats constatant l'état des inscriptions existant sur un immeuble.

Voilà la raison déterminante de la règle qui restreint à un délai de dix ans l'effet produit par une inscription hypothécaire.

134 *bis*. II. Cette règle, en outre, fournit à la pratique un moyen très simple d'éviter les frais de radiation. Alors même que la créance est éteinte, on laisse subsister l'inscription, si le délai de dix ans est sur le point d'expirer, et l'immeuble est dégrevé de plein droit par l'expiration du temps. Quelquefois même, c'est sans intention et par simple négligence que les inscriptions ne sont pas rayées; elles pourraient alors vieillir, et lorsque, après longues années, un propriétaire voudrait débarrasser son immeuble des inscriptions inutiles, les frais à faire seraient d'autant plus considérables qu'il faudrait peut-être, les anciens créanciers ayant cessé d'exister, ayant disparu, procéder par la voie judiciaire pour obtenir la radiation. Les frais et les longueurs de ces diverses procédures seront économisés pour toutes les inscriptions qui remonteront à plus de dix ans. Un

bon nombre d'inscriptions se purgent ainsi d'elles-mêmes, au grand avantage de la propriété et du crédit.

134 *bis*. III. Il faut bien comprendre la portée de la règle : après le délai, l'inscription est périmée, mais non pas l'hypothèque. Le droit du créancier ne cesse point d'être hypothécaire; il a seulement besoin d'être annoncé au public par une nouvelle inscription (1), et comme l'ancienne a perdu son effet, l'hypothèque n'est plus colloquée qu'à la date de la nouvelle. Si l'inscription avait été renouvelée à temps, ce renouvellement eût été une confirmation de l'ancienne inscription, et l'hypothèque eût conservé le rang que lui assurait cette inscription première.

134 *bis*. IV. Quelquefois cependant, par une conséquence indirecte de la règle sur le renouvellement des inscriptions, par sa combinaison avec d'autres règles de la matière, l'absence de renouvellement d'une inscription entraînera la perte non seulement du rang, mais du droit même du créancier hypothécaire, si, par exemple, l'inscription première ayant perdu toute sa force, une inscription nouvelle ne peut plus être prise, parce qu'il est survenu quelqu'un des événements qui font obstacle à la prise des inscriptions (art. 2146). La perte du rang emporte celle du droit, puisqu'il est trop tard pour acquérir un nouveau rang. De même, si l'inscription qui a perdu sa force est une inscription de privilège, la nouvelle inscription ne date pas de l'époque où, d'après les articles 2106 et 2109, elle doit être prise pour assurer à la créance le rang de créance privilégiée. Inscrit trop tard, le droit dégénère en hypothèque (art. 2113), et, par conséquent, l'effet de l'article 2154 est ici d'anéantir le droit qui appartenait au créancier en lui substituant un droit moins avantageux.

134 *bis*. V. Le délai dans lequel les inscriptions doivent être renouvelées est un délai de dix ans; la nouvelle inscription prise dans ce délai vaudra elle-même pour dix autres années, à partir, non pas de l'expiration du premier délai, mais du jour du renouvellement. Un second renouvellement, opéré dans le second délai de dix ans, conservera à l'hypothèque son rang primitif, et il en sera de même tant que l'inscription sera ainsi régulièrement reprise avant l'expiration de chacune des périodes de dix ans.

Les dix ans se calculent à compter du jour de l'inscription,

(1) V. C. Cass., 16 janvier 1884. Sirey, 1885, 1, 217.

c'est-à-dire en ne tenant pas compte de ce jour; car les années se forment de jours et non pas d'heures, et le jour de l'inscription ne constituerait pas un jour complet, puisque l'inscription a été nécessairement prise au cours de la journée; n'étant pas un jour complet, il ne peut pas entrer dans la supputation des années, et l'expression de la loi aurait mieux traduit sa pensée si elle avait dit : à partir du jour de l'inscription. Le premier jour qui compte, c'est le lendemain de celui où l'hypothèque a été inscrite; il commence la première période de 365 ou 366 jours qui constitue l'année, et quand dix périodes pareilles se seront écoulées, le délai sera expiré. Pour que dix périodes de 365 jours soient écoulées, il faut que le dernier jour de la dernière période soit fini; par conséquent, l'inscription peut être prise dans ce dernier jour; il fait partie intégrante de l'année, comme le 31 décembre de l'année du calendrier fait partie de cette année; lorsque ce dernier jour est fini, les dix ans sont écoulés, et il est trop tard pour renouveler l'inscription, puisque l'article 2154 attribue à l'inscription l'effet de conserver l'hypothèque pendant dix ans, mais seulement pendant cette période : le jour où une nouvelle année a commencé, l'hypothèque n'est plus conservée. *Exemple :* Une hypothèque inscrite le 1er avril 1869, l'année commence le 2 avril : la première année expire le 1er avril 1870 au soir par la révolution de 365 jours complets, et, par conséquent, les dix ans expirent le 1er avril 1879 au soir par la révolution de dix périodes de 365 ou 366 jours complets.

134 *bis*. VI. La disposition de la loi qui impose le renouvellement des inscriptions est générale, et cependant elle demande à être examinée de près en ce qui touche certaines inscriptions qui à la rigueur auraient pu n'être pas prises.

Les hypothèques des mineurs ou interdits sur les biens de leurs tuteurs, des femmes mariées sur les biens de leur mari, existent indépendamment de l'inscription. Dès lors il pourrait sembler que le renouvellement d'une inscription prise n'est pas nécessaire. Cette conséquence serait exagérée. Tout ce qu'on peut induire de la dispense d'inscription dont jouissent ces hypothèques, c'est que, le défaut de renouvellement équivalant au défaut d'inscription, l'hypothèque dont l'inscription n'aura pas été renouvelée vaudra comme elle aurait valu si elle n'avait jamais été inscrite. Cette solution est en harmonie parfaite avec les principes qui soustraient la

femme, le mineur et l'interdit à toutes les conséquences des négligences du mari et du tuteur en ce qui concerne la conservation de leurs droits.

L'inscription cependant doit être renouvelée comme elle doit être prise, et sous les mêmes sanctions, par les personnes à qui est imposée l'obligation de faire remplir la formalité de l'inscription; ces solutions ont été consacrées par l'avis du conseil d'État du 22 janvier 1808 cité au n° 134.

134 *bis*. VII. Il faut seulement aujourd'hui tenir compte de la disposition de l'article 8 de la loi du 23 mars 1855, qui impose aux femmes, aux mineurs et aux interdits l'obligation de s'inscrire dans l'année de la dissolution du mariage ou de la cessation de la tutelle. On doit, pour l'application de cet article, distinguer deux hypothèses : ou l'inscription prise au nom de l'incapable pendant le mariage ou la tutelle n'arrivera au terme des dix ans qu'après l'expiration de l'année dont parle l'article 8, ou elle arrivera à ce terme pendant cette année.

Si l'échéance des dix ans arrive après l'année de la dissolution du mariage ou de la cessation de la tutelle, il n'aura pas été nécessaire de prendre inscription pendant cette année, puisque l'hypothèque étant déjà conservée par une inscription qui avait encore toute sa force, le renouvellement se fera utilement après l'année depuis la cessation de l'incapacité, pourvu qu'on soit dans les dix ans de l'inscription.

Si les dix années à partir de l'inscription expirent pendant l'année qui suit la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, il ne sera pas nécessaire de procéder, à proprement parler, au renouvellement de l'inscription : une inscription nouvelle prise après les dix ans, mais dans le cours de l'année déterminée par l'article 8, aura tout l'effet que produirait le renouvellement, c'est-à-dire qu'elle assurera à l'hypothèque de la femme, du mineur ou de l'interdit, le rang que lui assigne l'article 2135. On ne saurait, dans cette hypothèse, exiger de l'incapable un renouvellement dans les dix ans, sous le prétexte que son hypothèque n'est plus dispensée d'inscription; elle jouit encore de cette dispense pendant un an. Si donc le défaut de renouvellement laisse tomber l'inscription prise, l'incapable se trouve dans la même position que celui dont l'hypothèque n'a jamais été inscrite; il peut prendre inscription jusqu'à l'expiration de l'année qui lui est accordée par l'ar-

ticle 8, et, s'il s'inscrit, il conserve le rang légal de son hypothèque.

134 *bis*. VIII. La loi de 1855 contient une autre disposition qui rend indispensable, à un certain point de vue, le renouvellement des inscriptions prises sur les immeubles du mari pour conserver l'hypothèque de la femme mariée. Les cessionnaires de l'hypothèque de la femme mariée n'en sont saisis, à l'égard des tiers, que par l'inscription de cette hypothèque prise à leur profit, ou par la mention de la subrogation en marge de l'inscription préexistante (art. 9). Il résulte de cet article que, par rapport au cessionnaire, l'hypothèque de la femme mariée n'a pas de rang, même pendant le mariage, quand elle n'est pas inscrite. Si donc l'inscription qui l'a conservée perd sa force par l'expiration du délai de dix ans, le rang sera perdu pour le subrogé, bien qu'il soit conservé par la femme, et l'inscription postérieure n'aurait d'effet qu'à sa date.

134 *bis*. IX. Parmi les privilèges sur les immeubles, il en est un, celui du vendeur, qui est soumis à des conditions particulières de publicité; elles ne sont peut-être pas sans influence sur l'application de la règle relative au renouvellement des inscriptions. Ce privilège se conserve par la transcription (art. 2108); il doit bien être inscrit d'office par le conservateur, mais c'est là une précaution surabondamment exigée par le législateur; car il résulte de l'article 2108 que le défaut d'inscription d'office ne nuit pas au vendeur; c'est aux tiers, et non pas au vendeur, qu'est réservée l'action en dommages-intérêts contre le conservateur négligent. C'est donc la transcription et non l'inscription d'office qui conserve le privilège; le non-renouvellement de cette inscription ne peut que remettre les choses en l'état où elles seraient si le privilège n'avait pas été inscrit : il existerait néanmoins avec son rang; il doit exister alors que l'inscription n'a pas été renouvelée. L'objection contre ce système naîtrait d'une des expressions de l'article 2108 : La transcription vaut inscription, d'où l'on conclut qu'elle vaut ce que vaut une inscription, qu'elle a une valeur limitée au délai de dix ans. Cette objection attache trop d'importance à une des expressions de l'article 2108 qui ne contient pas la formule première et principale de la loi. La pensée du législateur s'est d'abord manifestée sous une autre forme dans les premiers mots de l'article : Le vendeur conserve son privilège par la

transcription; or la transcription a des effets qui ne sont pas limités dans le temps : l'article 2154 ne lui est pas applicable; nous en concluons que le privilège du vendeur n'est pas soumis au renouvellement de l'acte qui l'annonce au public. Rien de mieux justifié, d'ailleurs, dans le mécanisme de la loi; le silence du registre des inscriptions n'est pas une véritable cause de clandestinité pour le privilège du vendeur, parce que le tiers, créancier ou acquéreur, qui traite avec le propriétaire, ne doit pas se contenter de consulter le registre des inscriptions : pour être fixé sur l'état hypothécaire de l'immeuble, il faut qu'il soit certain que celui avec qui il traite a fait transcrire son titre d'achat, afin d'être sûr que les inscriptions prises du chef des précédents propriétaires ont été transférées au nom du propriétaire actuel : quand il aura connaissance de la transcription, il connaîtra l'existence du privilège du vendeur.

L'avis du conseil d'État du 22 janvier 1808, que nous avons déjà cité, n'envisage pas autrement la question qui s'élève sur le renouvellement de l'inscription d'office. Il décide que le conservateur n'est pas tenu d'opérer ce renouvellement, et il impose cette charge au créancier ayant intérêt. Par ces expressions vagues, le conseil d'État montre qu'il n'a pas voulu examiner la théorie du privilège de vendeur; mais comme nous constatons que le vendeur n'a pas intérêt, puisque son privilège est conservé par la transcription sans inscription d'office, le texte n'impose pas une obligation au vendeur.

134 *bis*. X. La solution que nous venons de donner nous dispense d'examiner quelle serait la valeur de l'inscription prise plus de dix ans après la transcription. Des auteurs ont dit qu'elle aurait autant de valeur que si elle avait été prise dans les dix ans, parce que rien n'empêche de publier par voie d'inscription le privilège du vendeur à une époque quelconque; il n'y a pas de délai fixé. Nous voyons un sérieux obstacle à l'admission de cette idée, parce qu'en principe les privilèges doivent être inscrits avant leur naissance, à peine de dégénérer en hypothèques; l'article 2108 dispense de cette règle le privilège de vendeur, en ce sens que le privilège se conserve par la transcription; mais si l'on admet que cette transcription n'a que la valeur d'une inscription; qu'elle perd sa force après dix années, le privilège ne peut plus après le délai être publié que par une inscription, et cette inscription, étant pos-

térieure à la naissance du droit, ne doit plus garantir qu'une hypothèque (1).

134 *bis*. XI. Une autre conséquence de notre doctrine, c'est que les événements qui feraient obstacle à la prise d'une nouvelle inscription après les dix ans, seraient sans influence sur le privilège du vendeur que nous supposons publié par la transcription. La faillite du débiteur, sa mort suivie d'acceptation bénéficiaire, ne menacera pas le droit du vendeur, conservé par un acte antérieur auquel nous attribuons une durée indéfinie.

134 *bis*. XII. Il reste à examiner s'il y a quelques événements qui pourraient rendre inutile le renouvellement de l'inscription.

On doit d'abord remarquer que les événements qui, d'après l'article 2146, font obstacle à l'inscription d'une créance hypothécaire, ne rendent pas impossible le renouvellement d'une inscription préexistante, et laissent subsister l'utilité de ce renouvellement. Les tiers, en effet, restent intéressés à connaître l'état hypothécaire de l'immeuble, car de nouveaux droits pourraient être constitués. La succession acceptée bénéficiairement peut être acceptée purement : l'héritier constituera valablement des hypothèques ou aliénera valablement les biens ; le propriétaire failli peut obtenir un concordat, et il recouvrera le droit de disposer de ses biens. Il faut donc que les droits préexistants soient annoncés au public dans les conditions ordinaires de publicité, puisque le public peut souffrir de leur existence. Le renouvellement est une des conditions importantes de la publicité.

134 *bis*. XIII. Nous trouvons au contraire des hypothèses où la publicité de l'hypothèque n'intéressant plus les tiers, il ne sera plus nécessaire de l'entretenir par le renouvellement. Elles se présentent quand l'immeuble est remplacé dans le patrimoine de son propriétaire par un droit au prix, c'est-à-dire quand il a été en quelque sorte converti en argent par une aliénation. Le droit des créanciers est alors fixé ; il est alors, lui aussi, converti en un droit sur le prix : la créance du propriétaire ne peut plus être grevée d'hypothèque, il n'y a plus à se préoccuper de protéger un tiers acquéreur de l'immeuble, le public n'a plus d'intérêt à la publicité de l'hypothèque : le renouvellement ne serait plus qu'une

(1) V. cependant sur la question de renouvellement en ce qui touche le privilège du vendeur, Aubry et Rau, t. II, p. 825, édit. 1865. C. Cass., 2 décembre 1863. Sirey, 1864, 1, 56. C. Cass., 14 février 1865. Sirey, 1865, 1, 190.

vaine formalité, c'est pourquoi il devient inutile. On dit alors dans le langage de la doctrine et de la jurisprudence que l'inscription a produit son effet légal, et l'on en conclut que, pourvu qu'elle ait été valable à cette époque, elle n'a pas besoin d'être renouvelée.

134 *bis*. XIV. L'important est de se bien fixer sur le moment où, à la suite d'une aliénation de l'immeuble hypothéqué, l'inscription a produit son effet légal. Il est nécessaire pour cela de distinguer les diverses hypothèses d'aliénation, et particulièrement les aliénations volontaires et les aliénations forcées.

Parlons d'abord de l'aliénation volontaire : ce que nous cherchons, c'est le moment où le droit du créancier hypothécaire est converti en un droit sur le prix de l'immeuble. Ce n'est certes pas le contrat d'aliénation qui produit ce résultat, car l'aliénateur pourrait encore, jusqu'à la transcription, constituer des hypothèques, et il faut que les tiers qui recevraient ces hypothèques connaissent les droits qui les primeront. Ce n'est pas non plus la transcription; elle arrête le cours des inscriptions, mais elle laisse subsister en faveur des créanciers inscrits un droit réel sur l'immeuble; rien n'assure encore que le prix va être distribué; le créancier reste garanti par son hypothèque, mais il n'a pas encore un droit sur le prix. Il faut donc que l'hypothèque reste publiée dans l'intérêt, soit du tiers acquéreur qui pourrait croire la créance éteinte par un paiement ou une compensation, soit de ceux à qui le tiers acquéreur lui-même conférerait des droits réels.

Les choses peuvent rester longtemps dans cet état, l'acquéreur ayant transcrit pour satisfaire à la loi de 1855, mais ne payant pas, parce qu'il jouit des termes et délais dont jouissait le propriétaire précédent. C'est seulement quand l'acquéreur veut purger que la situation change. Alors il offre un prix aux créanciers, il promet de les payer sur-le-champ, jusqu'à concurrence seulement du prix offert (art. 2184). Il est certain que si ces offres sont acceptées, les créanciers qui les ont reçues ont un droit exclusif sur le prix, un droit direct contre l'acquéreur, et l'on peut bien dire que leur droit est transporté sur le prix, que dès lors l'inscription a produit son effet légal.

Seulement il est assez difficile de préciser si cette transformation du droit s'opère au moment où commence la procédure de purge, par une notification contenant offre du prix (art. 2183), ou seule-

ment lorsque l'offre est acceptée par tous les créanciers inscrits, soit expressément, ce qui est rare, soit tacitement par l'expiration du délai de 40 jours qui leur est accordé pour refuser les offres en surenchérissant (art. 2185). Nous croyons plus sûre la doctrine commune, qui ne retarde pas, jusqu'à l'acceptation expresse ou tacite des offres, le moment où le droit du créancier hypothécaire est converti en un droit sur le prix (1). En effet, bien qu'on ait dit que le créancier, conservant le droit de refuser l'offre et d'agir hypothécairement sur l'immeuble lui-même, a encore son droit qui ne s'est pas transformé en un droit sur le prix, il faut cependant remarquer que le droit de ce créancier est devenu indépendant de la volonté du tiers acquéreur. A partir des offres, le créancier a un droit conditionnel sur le prix offert, un droit conditionnel contre le tiers acquéreur qui purge. La condition à laquelle son droit est subordonné, c'est qu'il n'y aura pas de surenchère; c'est une condition qui ne dépend aucunement de la volonté du débiteur, qui par conséquent n'empêche pas son engagement d'être valable et sérieux. Par cette raison même, il est impossible de considérer l'offre comme une simple pollicitation qui ne deviendrait une convention complète que par l'acceptation. Il n'y a pas là un projet de convention, une proposition demandant à être acceptée pour être sérieuse; il a été fait un acte commandé par la loi dans l'intérêt de certains tiers; l'acte étant accompli, un droit est né en faveur de ces tiers, comme naît un droit en faveur des créanciers d'une succession par une acceptation de l'héritier. Ce n'est pas la théorie des conventions qui est en jeu, et par conséquent il n'y a pas à argumenter du caractère imparfait des pollicitations.

134 *bis*. XV. Les offres du tiers acquéreur peuvent être repoussées par une surenchère : l'immeuble alors doit être remis en vente par adjudication publique, et il faut décider si cet événement change la situation des créanciers hypothécaires. L'aliénation conventionnelle qui avait créé le droit de l'acquéreur est détruite par la surenchère, d'où l'on a conclu que la notification précédemment faite en vertu de l'article 2183 est sans effet; que les créanciers hypothécaires n'ont jamais perdu leur droit réel sur l'immeuble, et qu'ils n'acquerront plus un droit sur le prix que par l'adjudication qui serait la conséquence de la surenchère. Nous pensons tou-

(1) V. C. Cass., 15 novembre 1876. Sirey, 1876, 1, 216. V. cepend. C. Cass., 14 novembre 1882. Sirey, 1883, 1, 177.

tefois qu'il ne faut pas tirer cette conséquence de l'anéantissement de l'acte d'aliénation. Il est anéanti en ce sens que l'acquéreur n'est plus lié envers le vendeur et les créanciers, mais il a cette conséquence, que nécessairement l'immeuble va être adjugé : l'aliénation est donc consommée par rapport à l'aliénateur ; il n'y a de changé que la personne de l'acquéreur et le chiffre du prix ; l'adjudication même ne peut pas manquer faute d'enchérisseur, puisque le créancier qui a requis la vente aux enchères s'est engagé à prendre l'immeuble pour le prix offert augmenté d'un dixième. Dès lors la situation des créanciers inscrits n'est pas modifiée : ils sont sûrs d'arriver prochainement à une distribution du prix ; les tiers n'ont pas intérêt à connaître les hypothèques existantes, car il n'est personne qui puisse en ce moment constituer des droits sur l'immeuble : ce n'est pas l'aliénateur, car, par rapport à lui, l'aliénation est consommée ; ce n'est pas l'acquéreur, qui n'a plus de droit ; ce n'est pas le futur adjudicataire, qui s'ignore lui-même. La publicité de l'hypothèque est donc inutile, et par conséquent le renouvellement de l'inscription (1).

134 *bis*. XVI. Nous ne devons pas abandonner l'hypothèse où l'immeuble hypothéqué a été aliéné volontairement, sans faire remarquer que la nécessité du renouvellement subsisterait dans les limites que nous venons de lui assigner, alors même que le créancier hypothécaire serait l'acquéreur de l'immeuble. Cette circonstance est indifférente : la publicité est toujours nécessaire, car les créanciers dont les inscriptions sont postérieures à la sienne ont besoin de connaître l'existence de son hypothèque, puisqu'elle continuera à leur être préférée, l'acquéreur n'ayant pas perdu par son acquisition son droit de créance, et devant certainement l'exercer à son rang sur le prix, par voie de rétention s'il le paie directement, ou par voie de demande, s'il l'a déposé à la Caisse des consignations.

134 *bis*. XVII. Traitons maintenant du cas de vente forcée. C'est alors le jugement d'adjudication qui fixe le droit des créanciers hypothécaires, car c'est ce jugement qui constitue l'adjudicataire débiteur direct du prix envers les créanciers inscrits. Alors donc le droit sur l'immeuble est converti en un droit sur le prix. Les tiers n'ont pas intérêt à connaître les hypothèques existantes, car ces

(1) Aubry et Rau, t. II, p. 820, édit. 1865 ; en sens contraire, Pont, t. II, n[os] 1060, 1061.

tiers ne seraient que des ayant cause de l'adjudicataire, et ils ne peuvent pas compter que le prix d'adjudication leur sera affecté. La publicité manque donc d'intérêt, et le renouvellement de l'inscription est inutile.

On ne peut pas fixer avant le jugement d'adjudication le moment où s'arrête la nécessité du renouvellement, car malgré l'accomplissement des diverses formalités qui le précèdent, comme la saisie, la dénonciation au saisi, la transcription de la saisie, il n'est pas encore né un droit au prix, et le droit des créanciers ne peut pas être considéré comme transformé.

Quant à fixer une époque ultérieure, on l'a essayé, en hésitant entre l'époque de l'ouverture de l'ordre, celle de la clôture de l'ordre qui, impliquant délivrance des bordereaux de collocation, met entre les mains du créancier un titre qui figure de l'argent, celle même du paiement effectif. Mais quand on s'attache à l'une de ces diverses époques, on abandonne le principe même sur lequel s'appuie la règle que nous étudions. Le renouvellement devient inutile quand le droit est devenu un droit sur le prix. Or le droit au prix est né avant que le prix soit payé, avant même qu'on ait commencé ou terminé les opérations tendant à le distribuer. La distribution est l'exécution de l'obligation contractée par l'adjudicataire au jour de l'adjudication, c'est la mise en œuvre de droits qui sont nés ce jour-là; et certes, quand on recherche à quelle époque le droit a été transformé, il faut considérer le moment où est né le droit nouveau plutôt que le moment où il s'exerce.

134 *bis*. XVIII. Parmi les événements postérieurs à l'adjudication, il en est deux cependant dont il faut examiner spécialement les effets, au point de vue de la question que nous traitons, sur le moment où l'inscription produit son effet légal. Ces deux faits sont la transcription de l'adjudication et la surenchère.

La transcription de l'adjudication est exigée par la loi du 23 mars 1855 (art. 1er). Elle seule fera obstacle à la prise des inscriptions (art. 6). De cette double règle on a conclu que les inscriptions devaient être renouvelées jusqu'à la transcription de l'adjudication, parce qu'il fallait que la publicité fût complète jusqu'au moment où des inscriptions ne peuvent plus être prises. Il ne faut pas toutefois se contenter de ce raisonnement pour trancher la question. Ce qu'il faut avant tout chercher, c'est le moment où les créanciers inscrits ont acquis un droit contre l'acquéreur, parce que

c'est à ce moment que leur droit s'est transformé en un droit sur le prix. Cette acquisition d'un droit contre l'acquéreur de la propriété, cette transformation du droit du créancier hypothécaire a lieu lors de l'adjudication; la règle de l'article 1er de la loi de 1855 est sans influence sur ce fait; par l'adjudication, l'adjudicataire contracte en quelque sorte avec les créanciers inscrits, puisqu'ils ont été liés à la procédure de saisie et de vente; il est placé par rapport à eux dans la position de l'acquéreur à l'amiable qui fait des notifications à fin de purge, et puisque nous avons admis que, du jour des notifications à fin de purge, le droit des créanciers inscrits cesse d'être soumis au renouvellement, nous devons en dire autant lorsque, à la suite d'une saisie, une adjudication a été prononcée (1).

134 *bis*. XIX. L'adjudication sur saisie peut être suivie d'une surenchère du sixième (art. 708, C. Pr.). Et cet événement peut soulever les mêmes difficultés que nous avons examinées pour le cas où l'aliénation amiable est suivie d'une surenchère du dixième. Il semble que l'adjudication est résolue par la surenchère et qu'elle ne peut dès lors produire aucun effet. Mais nous avons dit plus haut (n° 134 *bis*. XV) qu'il reste quelque chose de cette adjudication : c'est la certitude que la propriété n'appartient pas à l'ancien propriétaire, qu'elle passera moyennant un prix à un adjudicataire ou au surenchérisseur. Dès lors l'effet principal que produisait l'adjudication, au point de vue des créanciers inscrits, ne laisse pas de se produire; le droit des créanciers est devenu un droit sur le prix : ils ont acquis un débiteur direct, l'adjudicataire futur substitué au premier. Leur situation n'étant pas modifiée par la surenchère, il va de soi que cet acte ne fait pas revivre l'obligation de renouveler l'inscription (2).

134 *bis*. XX. Il pourrait aussi se produire une adjudication sur folle enchère, quand l'adjudicataire n'exécute pas les clauses de l'adjudication (art. 733, C. Pr.). L'adjudication sur folle enchère résout la première adjudication (3) : ce qui donnera naissance aux difficultés que nous venons d'indiquer sur le cas de surenchère. Nous trancherons celles-ci comme nous avons tranché celles-là. Les raisons sont les mêmes pour que la situation des créanciers ne soit pas changée, puisque dès la première adjudication ils sont

(1) V. C. I. Bordeaux, 19 novembre 1868. Sirey, 1869, 2, 117.
(2) V. C. Cass., 15 mars 1876. Sirey, 1876, 1, 216.
(3) V. Colmet-Daâge et Glasson, *Procéd. civile*, t. II, p. 443, édit. 1885.

certains de se trouver en face d'un adjudicataire et d'exercer un droit sur le prix de l'immeuble. Cette solution trouve un argument spécial en sa faveur dans l'article 779 du Code de procédure qui suppose que l'adjudication sur folle enchère intervient pendant le cours de l'ordre ouvert sur le prix de la première adjudication, et décide qu'il ne sera pas ouvert un ordre nouveau, ce qui implique que la situation respective des créanciers n'est pas modifiée par la poursuite sur folle enchère et l'adjudication qui en est la suite (1).

134 *bis*. XXI. On serait au premier abord tenté d'assimiler au jugement d'adjudication sur saisie le jugement d'expropriation pour cause d'utilité publique, et de considérer ce dernier jugement comme fixant les droits des créanciers inscrits et rendant inutiles les renouvellements d'inscriptions. Mais il ne faut pas se laisser égarer par la ressemblance apparente de deux actes qui sont séparés par de grandes dissemblances. La principale, à notre point de vue, c'est que le jugement d'expropriation est rendu à la suite d'une procédure dans laquelle les créanciers inscrits ne sont pas parties, à laquelle ils ne sont pas même liés comme à la procédure de saisie. La partie publique qui exproprie ne devient pas débitrice directe des créanciers inscrits, lorsque le jugement est prononcé; ce jugement établit seulement un droit en faveur du propriétaire : c'est à une autre époque qu'est fixé le droit des créanciers; elle est déterminée par l'article 17 de la loi de 1841 sur l'expropriation. L'effet légal des inscriptions n'est produit que par l'expiration de la quinzaine qui suit la transcription du jugement d'adjudication. C'est alors seulement que le sort des créanciers est fixé, car l'immeuble exproprié est affranchi de tous privilèges et hypothèques non inscrits avant l'expiration de ce délai, et le droit dont l'inscription n'a pas été renouvelée dans les dix ans est comme un droit non inscrit.

134 *bis*. XXII. Il est nécessaire de faire remarquer que, par des décrets des 9 septembre et 3 octobre 1870 et par une loi du 26 mai 1871, les prescriptions et forclusions en matière d'inscriptions hypothécaires et de transcriptions ont été suspendues pendant toute la période qui s'est écoulée depuis le 15 juillet 1870, jour de la déclaration de guerre à la Prusse, jusqu'au onzième jour après

(1) V. Colmet-Daâge et Glasson, *Procéd. civile*, t. II, p. 500, édit. 1885.

celui de la promulgation de la loi du 26 mai 1871. D'où résulte une augmentation de quelques mois prolongeant le délai du renouvellement pour toutes les inscriptions hypothécaires prises avant le commencement de la guerre.

135. Les frais de l'inscription sont en général, comme ceux d'acte, à la charge du débiteur; mais l'inscrivant doit en faire l'avance. Toutefois, la loi n'impose pas même la charge de l'avance à celui qui requiert l'inscription d'une hypothèque légale. Le conservateur doit inscrire, et exercer ensuite son recours contre le débiteur. Les frais de transcription, lors même qu'elle est requise par le vendeur (art. 2108), sont à la charge de l'acheteur. V. art. 2155.

135 *bis*. I. Les frais d'inscription sont à la charge du débiteur, à raison de ce fait qu'ordinairement l'hypothèque a été un moyen de crédit, comme un gage fourni par le débiteur dans son intérêt, ou bien le résultat de ce qu'il n'a pas satisfait à son obligation. Cependant ces considérations ne justifient pas la proposition première de l'article 2156, quand il s'agit de l'hypothèque légale. On peut cependant trouver la raison de la règle quant aux hypothèques sur les biens des maris ou des comptables. Le mari ou le comptable n'est pas débiteur malgré lui; il accepte une responsabilité qui correspond à l'acquisition d'une situation qui lui est apparemment avantageuse puisqu'il a désiré, l'un se marier, l'autre devenir fonctionnaire. Il a peut-être été accepté comme mari ou comme comptable à raison de la garantie qu'offraient des immeubles présents ou futurs, et par là il ressemble au débiteur qui donne une hypothèque conventionnelle.

135 *bis*. II. Mais il n'en est pas de même du tuteur : il n'a pas recherché sa fonction, la plupart du temps il n'a pas pu la refuser, elle est une très lourde charge sans compensation, l'hypothèque légale ne lui est donc d'aucune utilité, même indirecte; par conséquent, il serait inique qu'il supportât les frais faits pour en assurer la conservation. Aussi bien, l'article 2155 permet de l'en dégrever; car il admet qu'une stipulation contraire peut mettre les frais d'inscription à la charge du créancier. Or, ce que peut une stipulation spéciale, une disposition spéciale de la loi le peut également, et cette disposition existe dans l'article 471 du Code civil. Le

compte de tutelle comprend les créances du tuteur contre le pupille, et notamment celles qui résultent de dépenses faites par le tuteur dans l'intérêt du pupille; c'est ce qu'exprime l'article précité, où nous lisons qu'on allouera dans le compte au tuteur toutes les dépenses suffisamment justifiées et dont l'objet sera utile. La dépense qui nous occupe est exclusivement utile au mineur, puisque, si elle n'était pas faite, le mineur pourrait perdre ses droits par l'expiration du délai d'un an après la cessation de la tutelle, ou du délai de deux mois fixé par l'article 2193 en cas de purge.

135 *bis*. III. L'exception qui concerne les hypothèques légales, et en vertu de laquelle le conservateur est obligé de faire l'avance des frais d'inscription, a surtout sa raison d'être quand l'inscription est prise par des parents, des amis, par le procureur de la République; mais on la comprend moins bien quand le débiteur lui-même, obligé à prendre l'inscription aux termes de l'article 2136, satisfait à cette obligation. Il serait exposé à un recours de la part du conservateur, et il semble qu'il vaut mieux éviter ce recours, en obligeant le mari ou le tuteur à faire l'avance. Le texte cependant ne permet pas de procéder ainsi, et l'on peut le considérer comme le résultat des préoccupations de la loi en faveur de la publicité : il ne faut pas que le mari ou le tuteur soit empêché, par le manque d'argent comptant, de prendre l'inscription dès que l'obligation de remplir cette formalité lui est imposée par la loi.

135 *bis*. IV. Les frais de transcription devront être avancés par le vendeur, quand il requiert lui-même cette formalité; il remplit alors le rôle d'un inscrivant, et l'article n'a pas imposé au conservateur la nécessité d'en faire l'avance, comme il fait l'avance des frais d'inscription des hypothèques légales.

135 *bis*. V. Quand le créancier a avancé les frais d'inscription ou de transcription en dehors des cas où ces frais sont à sa charge par suite de la convention, sa créance, de ce chef, devient l'accessoire de sa créance principale et est garantie par l'hypothèque ou le privilège qui garantit cette créance; elle doit être annoncée dans l'inscription aux termes de l'article 2148-4°.

136. Les inscriptions peuvent donner lieu contre les créanciers à diverses actions (*v. gr.* en radiation ou réduction). Ces actions se portent devant le tribunal *compétent* (ordinairement celui de la situation, art. 2159, 2161). La demande, qui

peut toujours être signifiée à personne, ajoutons, ou au domicile réel, peut l'être aussi au dernier des domiciles élus, même après la mort de ceux par qui ou chez qui le domicile est élu. V. art. 2156.

136 *bis*. Le décès du créancier n'empêche pas d'intenter les actions qui font l'objet de l'article 2156, et l'assignation, d'après le texte même de cet article, peut être signifiée au domicile élu dans l'inscription. Il faut ajouter qu'elle pourrait être donnée au défunt lui-même si les créanciers ignoraient le décès ou ne savaient pas les noms des héritiers. C'est une décision que nous trouvons dans le Code de procédure pour une hypothèse analogue (art. 447) et qui s'appuie sur les motifs qui ont inspiré, en matière hypothécaire, l'article 2149.

CHAPITRE V.

DE LA RADIATION ET RÉDUCTION DES INSCRIPTIONS.

137. Le sort du privilège ou de l'hypothèque dépendant de l'inscription, la loi n'a pu permettre de la rayer témérairement. Il ne suffirait donc point de justifier, d'une manière quelconque, au conservateur, de l'extinction de la dette hypothécaire. La radiation ne peut avoir lieu que du consentement des parties capables, ou en vertu de jugement; le jugement doit être en dernier ressort ou passé en force de chose jugée. V. art. 2157; v. aussi C. Pr., art. 548; et ne concluez pas de ce dernier article qu'on puisse rayer en vertu d'un jugement susceptible d'appel, tant que l'appel n'est point interjeté.

138. Le consentement doit être constaté par acte authentique; expédition de cet acte ou du jugement doit être déposée au bureau du conservateur. V. art. 2158.

138 *bis*. I. Le chapitre V traite d'abord de la *radiation des inscriptions,* puis, sous le nom impropre de réduction, il parle de la

restriction de l'hypothèque, et enfin il s'occupe de la *réduction* véritable *de l'inscription.*

La radiation est l'annulation de l'inscription. Elle s'opère, non par une destruction matérielle de l'inscription, en l'effaçant ou la biffant sur le registre, mais par une mention en marge annonçant que l'inscription est désormais non avenue, et qui relate en outre l'acte en vertu duquel la radiation a lieu.

Si la radiation ne s'effectue pas par un anéantissement matériel de l'inscription, c'est qu'il peut arriver que la radiation soit irrégulière, qu'elle soit déclarée nulle, et alors l'hypothèque reprendrait son rang par rapport à certains créanciers, selon des distinctions que nous ferons plus tard.

138 *bis.* II. La radiation doit être opérée quand l'hypothèque n'existe pas ou n'existe plus, ou que le créancier (ce qui est rare) renonce à son rang sans renoncer à son hypothèque. Il semblerait donc qu'ordinairement il suffira, pour faire rayer une inscription, de justifier au conservateur que l'hypothèque est éteinte ; mais ce serait le constituer juge des questions qui peuvent s'élever sur cette extinction, et en général de l'existence de la créance garantie par l'hypothèque. Comment le conservateur pourrait-il décider des questions de compensation ou de novation, sans encourir personnellement une lourde responsabilité en cas d'erreur? et alors même que le débiteur alléguerait un paiement et produirait une quittance, il faudrait toujours examiner si la dette dont la quittance constate l'extinction est bien celle que garantissait l'hypothèque inscrite. Il faut donc, pour les tiers et pour le conservateur lui-même, que ce fonctionnaire n'ait à faire qu'une vérification en quelque sorte matérielle. Voilà la raison des articles 2157 et 2158. La radiation ne pourra être faite qu'en vertu d'un consentement authentique qui l'autorise ou d'un jugement qui l'ordonne.

La possibilité d'obtenir un jugement garantit le propriétaire de l'immeuble contre le mauvais vouloir de l'ancien créancier qui refuserait à tort son consentement.

138 *bis.* III. *Radiation par le consentement du créancier.* Elle s'opère en vertu d'un acte émané de la seule volonté du créancier ; elle n'a pas le caractère conventionnel; c'est la constatation de l'inexistence du droit d'hypothèque ou la renonciation à ce droit, ou au moins au rang que conférait l'inscription, et les renonciations peuvent s'effectuer par la volonté unique du renon-

çant. La loi, il est vrai, a parlé du consentement des parties intéressées, mais elle a voulu prévoir par cette expression l'hypothèse où l'existence de plusieurs créanciers de la même dette donnerait à plusieurs personnes intérêt à la conservation de l'hypothèque. Il existe, au surplus, des raisons pratiques graves qui justifient l'interprétation que nous donnons de l'article 2157. C'est très souvent le débiteur qui, lorsqu'il se libère, convient avec le créancier que celui-ci autorise la radiation ; mais le débiteur n'est pas toujours seul intéressé à cette radiation : l'immeuble peut être devenu la propriété d'un tiers détenteur; faudrait-il exiger le consentement de ce tiers ? L'article parle des parties intéressées ; s'il exige un contrat, il faudrait que ce contrat fût fait avec tous les intéressés; de là des difficultés, des lenteurs, puisqu'il faudrait se mettre en relation avec le tiers détenteur et lui demander son consentement à un acte qui est tout à son avantage. Allons plus loin dans notre démonstration : les autres créanciers hypothécaires qui sont primés par l'inscription à rayer ont intérêt à la radiation, ne fût-ce que pour pouvoir plus facilement céder leurs créances; faudra-t-il aussi leur consentement? La loi, en ne déterminant pas restrictivement les parties intéressées dont le consentement serait requis, a montré qu'elle n'entendait pas que la mainlevée d'inscription fût un acte conventionnel.

138 *bis*. IV. Le consentement à la radiation doit être donné en forme authentique : il doit émaner de parties capables.

L'authenticité de l'acte est exigée comme garantie pour le conservateur et pour les tiers. Il ne faut pas qu'il puisse exister aucun doute sur la personnalité de celui qui consent la radiation.

La capacité de la partie qui consent la radiation est également nécessaire, parce que l'acte est une renonciation, et que les incapables ne peuvent pas renoncer valablement à leurs droits.

La capacité requise n'est certes pas la capacité d'aliéner l'immeuble sur lequel existe l'inscription ; car, au regard du créancier, le droit d'hypothèque n'est pas un droit de propriété sur l'immeuble, ni même un diminutif de ce droit de propriété. L'hypothèque est l'accessoire d'une créance : abandonner l'hypothèque ou renoncer à l'inscription qui lui donne un rang, c'est donc surtout compromettre la créance; d'où nous devons conclure que la capa-

requise pour consentir la radiation, c'est avant tout la capacité d'aliéner la créance.

Mais le droit de disposer d'une créance consiste aussi bien dans le droit d'en toucher le montant que dans le droit de la céder, et les règles de capacité ne sont pas toujours les mêmes, quant à ces deux espèces d'actes.

Un tuteur, par exemple, a certainement le droit de toucher les sommes dues au mineur et d'en donner décharge. Il sera dès lors nécessaire qu'il ait le droit de donner mainlevée de l'hypothèque garantissant la créance; lui refuser ce droit, ce serait rendre illusoire le droit qu'il a de donner décharge. Car le débiteur refusera de payer tant que la quittance ne contiendra pas un consentement valable à la radiation de l'inscription.

Mais si la mainlevée présente les caractères d'une transaction, le tuteur n'aura pas les pouvoirs nécessaires, et il faudra que l'acte soit fait avec toutes les formalités exigées pour la validité des transactions. Si l'on suppose que cette mainlevée est donnée à titre gratuit, elle devient une libéralité et elle est absolument impossible, car les biens des mineurs ne peuvent pas être donnés.

Le mineur émancipé, le prodigue ou le faible d'esprit qui a reçu un conseil judiciaire, la femme mariée, qui ne peuvent pas valablement donner décharge des capitaux qui leur sont dus, ne pourraient pas consentir sans l'assistance du curateur, du conseil ou du mari, à la radiation de l'inscription. Cette solution nous paraît devoir être admise, non seulement quand la mainlevée est donnée en même temps que la quittance, mais même quand elle est postérieure à cette quittance. Cette circonstance nous paraît indifférente, et nous refusons d'admettre avec des auteurs recommandables que le paiement ayant été valablement effectué, la mainlevée n'est plus qu'un acte secondaire, suite et complément de l'acte important qui a été régulièrement fait (1). Il nous semble qu'en décidant ainsi, on abandonne le principe qui domine la matière de la radiation et qui ne permet pas de faire du conservateur un juge. Il faudrait donc que ce fonctionnaire appréciât la relation entre la mainlevée et la quittance qu'on lui présenterait, qu'il examinât la régularité de cette quittance. C'est faire, on nous permettra de le dire, une sorte de pétition de principe que de dire : La main-

(1) V. Pont, t. II, p. 992.

levée est le complément d'un acte antérieur valable. La question est précisément celle-ci : Cette mainlevée se rapporte-t-elle vraiment à la même créance que la quittance? L'incapable lui-même pourrait s'y tromper; donc il ne peut pas donner valablement cette mainlevée.

138 *bis*. V. Les envoyés en possession provisoire des biens d'un absent n'ont pas non plus tous les pouvoirs qui appartiennent à un propriétaire majeur. Ils sont des mandataires, ce qui nous conduit à les assimiler au tuteur, c'est-à-dire à valider leur consentement à la radiation donné à l'occasion d'un paiement, car ils peuvent recevoir des paiements, mais à traiter comme irrégulière et insuffisante toute mainlevée, qui serait au fond une remise de dette ou une transaction.

138 *bis*. VI. *Radiation par autorité de justice*. Il est nécessaire de s'adresser à la justice quand le créancier ne veut pas ou ne peut pas consentir à la radiation.

Le conservateur ne doit rayer l'inscription qu'en vertu d'un jugement en dernier ressort, ou passé en force de chose jugée, c'est-à-dire qui ne peut plus être attaqué par les voies ordinaires.

Le Code déroge ici aux règles générales sur l'exécution des jugements. Ordinairement le délai d'appel n'est pas suspensif; l'appel interjeté, seul, suspend l'exécution. Ici l'exécution, c'est-à-dire la radiation, ne peut avoir lieu qu'après l'expiration du délai d'appel. Cette exception a pour raison d'être le tort irréparable que produirait l'exécution si elle avait lieu, et si elle était suivie d'un appel et d'un jugement infirmatif. Il serait impossible de restituer au créancier son rang, sans porter atteinte au principe de publicité et aux droits des tiers qui auraient eu connaissance de la radiation opérée.

138 *bis*. VII. Après l'expiration du délai d'appel, il sera nécessaire de justifier qu'il n'existe contre le jugement ni opposition ni appel; cette justification est faite par la présentation d'un certificat émané du greffier du tribunal de première instance (art. 548, C. Pr.). Cet article, au reste, s'applique à d'autres hypothèses que celle de la radiation d'inscription, et c'est en vue de ces autres hypothèses qu'il présente l'exécution du jugement comme possible avant l'expiration des délais. Notre article 2157 est en dehors de cette règle, et le Code de procédure ne saurait être considéré comme s'étant mis sur ce point en contradiction avec le Code civil.

138 *bis*. VIII. L'article 2157 ne s'est pas préoccupé de la possibilité d'un pourvoi en cassation ou d'une requête civile, et comme en principe le pourvoi n'est pas suspensif en matière civile, non plus que la requête civile, il y aura lieu de rayer l'inscription. Cette radiation ne sera pas définitive; quand le jugement aura été cassé ou rétracté, le créancier recouvrera le droit de s'inscrire. Mais il ne sera pas réintégré dans l'inscription rayée, c'est-à-dire qu'il n'aura rang qu'à la date de sa seconde inscription. Il serait, en effet, absolument contraire au système de la publicité des hypothèques, de faire revivre rétroactivement une inscription qui avait été rayée et dont les tiers avaient été autorisés à ne plus tenir compte. On reconnaît généralement l'exactitude de cette solution en ce qui touche les rapports du créancier avec les tiers qui ont pris des inscriptions, ou opéré des transcriptions entre la radiation de la première inscription et la prise de la seconde; mais on a essayé une distinction entre ces créanciers et ceux qui, déjà inscrits avant la radiation, étaient primés par l'inscription rayée ensuite. On a fait observer que les anciens créanciers avaient accepté, quand ils s'étaient inscrits, la priorité de l'inscription qui les précédait, que les accidents qui étaient survenus à cette inscription, sa disparition et sa résurrection, devaient leur être indifférents, puisque leur position restait après la cassation ou la rétractation du jugement ce qu'elle était auparavant. Nous ne croyons pas cependant devoir admettre cette distinction. En examinant de près l'hypothèse prévue, on s'apercevra, ce nous semble, que les créanciers inscrits antérieurement à la radiation peuvent aussi avoir été trompés par cette radiation. Ils ont cru avoir acquis les premiers rangs. Dans la certitude d'être payés, ils ont pu négliger l'occasion de presser le débiteur, d'accepter un paiement offert; peut-être ont-ils accordé du temps. La publicité des inscriptions intéresse tous les créanciers; si donc on conclut du principe de la publicité que les inscriptions rayées en vertu de jugements ne peuvent pas être restaurées quand les jugements sont cassés, il faut accepter ce raisonnement par rapport à tous les créanciers.

On peut certes regretter que, dans notre matière, la loi n'ait pas admis une règle, que nous trouvons appliquée à un cas analogue par l'article 241 du Code de procédure. Il s'agit d'un jugement qui ordonne la suppression, la lacération ou la radiation d'une pièce déclarée fausse; l'exécution d'un tel jugement produit un résultat

tout aussi irréparable que la radiation d'une inscription; aussi le Code de procédure suspend l'exécution jusqu'à l'expiration des délais pour se pourvoir par requête civile ou en cassation. Une disposition semblable serait sans aucun doute désirable en matière de radiation d'inscription, mais nous ne pouvons pas la suppléer ou créer un système à côté du texte pour atténuer les inconvénients de la loi.

Nous devons cependant attribuer à l'inscription restaurée un effet par rapport à un certain créancier. Nous songeons au créancier qui serait l'adversaire de celui dont l'inscription est contestée, c'est-à-dire qui se serait porté demandeur en radiation. Quant à celui-ci, la question n'est plus une question de publicité : il n'a ignoré aucune des vicissitudes de l'inscription contestée; c'est une question de chose jugée. Par rapport à lui au moins, le jugement substitué au jugement cassé ou rétracté doit remettre l'adversaire exactement dans la même situation que si l'affaire avait d'abord reçu la solution qu'elle n'a reçue qu'après une cassation ou une annulation par voie de requête civile.

138 *bis*. IX. Quand nous avons parlé de la radiation volontaire, nous avons exigé que le consentement émanât des parties intéressées, c'est l'expression du Code, et nous avons entendu par ces mots les créanciers dont les inscriptions doivent être rayées. Nous dirons la même chose quant à la radiation opérée en vertu de jugements. Il est nécessaire que le titulaire de l'inscription à rayer ait été mis en cause, car le jugement ne saurait s'exécuter contre lui s'il n'y a pas été partie, et la radiation de l'inscription est certes une exécution contre le créancier dont les droits souffrent par cette radiation une atteinte bien grave. Cette observation a son importance quand le procès s'est engagé avec celui qui a conféré les hypothèques, et que le jugement qui, par exemple, a déclaré son droit de propriété résolu en a tiré cette conséquence que les hypothèques nées de son chef doivent être résolues, et les inscriptions rayées. Dans cette hypothèse, la solution de la question dépend d'une autre solution sur la force de la chose jugée. Si l'on admet que les créanciers hypothécaires sont représentés dans le procès par le propriétaire qui leur a conféré l'hypothèque, le jugement qui déclare la vente résolue peut ordonner la radiation des inscriptions. Nous avons admis au tome V, n° 328 *bis* XIX, que les créanciers hypothécaires ont un droit distinct du droit de leur auteur, et que,

comme tous les ayant cause à titre particulier, ils ne sont pas représentés par leur auteur quand leur hypothèque a été inscrite avant le commencement de l'instance. Nous déciderons donc, dans le cas que nous avons supposé, que les inscriptions prises sur le propriétaire dont le droit est résolu ne peuvent pas être rayées en vertu d'un jugement rendu contre le propriétaire seul.

139. La demande en radiation doit, en général, être portée au tribunal dans le ressort duquel l'inscription a été prise. Il est évident cependant que, le maintien de l'inscription étant nécessairement subordonné à l'existence de l'hypothèque, et celle-ci à l'existence de la créance, il est évident, dis-je, que si cette existence elle-même est ou doit être l'objet d'une contestation, c'est au tribunal compétent pour statuer sur cette contestation qu'il appartient de statuer en même temps sur la radiation. C'est ce qui arrive lorsque l'inscription est prise pour sûreté d'nne condamnation éventuelle ou indéterminée. Le tribunal qui doit prononcer sur l'exécution ou la liquidation doit seul connaître de la radiation, et les parties doivent à cet effet y être renvoyées. V. art. 2159, al. 1.

Au reste, l'attribution de compétence au tribunal de la situation n'exclut pas l'effet de la convention faite par les parties, de se faire juger par tout autre tribunal; mais c'est entre elles seulement que cette convention recevra son exécution. V. art. 2159, al. dernier.

139 *bis*. I. En principe, le tribunal compétent pour statuer sur une question de radiation est le tribunal dans le ressort duquel l'inscription a été prise, c'est-à-dire le tribunal de la situation de l'immeuble. La contestation porte sur la liberté d'un immeuble; c'est là une question réelle immobilière qui, par conséquent, doit être jugée par le tribunal de la situation.

Cependant la demande peut être connexe à une autre; par exemple, on peut demander la nullité de l'obligation, et par conséquent la radiation de l'inscription; la loi n'a pas parlé de ce cas, mais les principes généraux de la procédure entraînent la compétence du tribunal saisi de la demande principale.

139 *bis*. II. L'hypothèse que règle expressément l'article 2159

a un caractère spécial; la compétence d'un tribunal autre que celui de la situation ne provient pas seulement de la connexité de deux demandes, mais elle dérive de la règle qui donne aux tribunaux une compétence exclusive pour connaître de l'exécution de leurs jugements. Un tribunal a prononcé une condamnation indéterminée; par exemple, il a condamné la partie à des dommages et intérêts à donner par état. La fixation du chiffre des dommages et intérêts, d'après sa vérification, appartient à ce tribunal, car cette fixation est l'exécution même de son premier jugement. La question d'inscription est connexe à celle de fixation de l'indemnité; donc le tribunal qui a rendu le premier jugement est compétent quant à la détermination du chiffre des dommages, et quant à l'inscription. Il est important de rattacher cette décision à la règle qui déclare les tribunaux compétents dès qu'il s'agit de l'exécution de leurs jugements, parce que la violation de la règle en pareil cas constituerait une incompétence *ratione materiæ,* d'ordre public, que le tribunal devrait prononcer d'office, tandis que dans les cas ordinaires de connexité, on peut soutenir que l'incompétence est d'intérêt privé, *ratione personæ,* et que la partie peut renoncer à l'opposer. C'est cette différence entre les deux espèces que l'article 2159 accentue, en disant, dans la seule hypothèse qu'il examine, que la demande doit être portée ou *renvoyée* au tribunal qui doit connaître de la liquidation ou de l'exécution de la condamnation indéterminée, tandis que l'article 171 du Code de procédure dit qu'en cas de connexité le renvoi *peut* être demandé et ordonné (1).

140. Les cas où les tribunaux doivent prononcer la radiation sont ceux où l'hypothèque n'est fondée ni sur la loi ni sur un titre régulier; il en est de même du cas où le titre est éteint, et de celui où les privilèges et hypothèques sont effacés par les voies légales. V. art. 2160; et à ce sujet, art. 2150, 2181, 2195.

140 *bis.* L'hypothèse que la loi a en vue quand elle parle de droits d'hypothèque effacés par les voies légales, c'est certainement l'hypothèse de la purge.

(1) Cette solution sur la connexité est contredite par un certain nombre d'auteurs. V. Boitard et Colmet-Daâge, t. I, p. 333, édit. 1876. Dans le sens que nous avons indiqué, V. Bioche et Goujet, t. II, p. 573, édit. 1839.

Il faut ajouter à l'énumération des cas indiqués par l'article 2160, celui où une hypothèque n'a pas été colloquée en ordre utile dans une procédure d'ordre (art. 759, C. Pr.), et il est à remarquer que dans cette hypothèse la radiation n'a pas lieu en vertu d'un jugement, mais d'une ordonnance du juge-commissaire (art. 769, C. Pr.).

141. Nous avons déjà vu comment et dans quels cas les maris ou tuteurs peuvent obtenir la réduction ou radiation partielle des inscriptions excessives des femmes et des mineurs (art. 2143, 2144, 2145). Le même motif a dû faire accorder à tout débiteur dont les biens sont grevés d'hypothèques générales, non restreintes par la convention, le droit de faire réduire les inscriptions aux biens suffisants pour la sûreté de la créance. Cette action, étant une véritable demande en radiation, est soumise aux mêmes règles de compétence. Du reste, il est évident que cette réduction ne s'applique pas aux hypothèques conventionnelles; car les conventions légalement formées tiennent lieu de loi (art. 1134). V. art. 2161.

142. Les biens, du reste, ne pourraient être considérés comme suffisants pour la sûreté de la créance, si leur valeur en fonds libres n'excédait, jusqu'à un certain point, celle de cette créance. Il n'y a donc lieu à réduire comme excessives à un ou plusieurs domaines, les inscriptions qui frappent sur la généralité, qu'autant que la valeur libre de ces domaines excède de plus d'un tiers le montant du capital et des accessoires légaux. V. art. 2162.

142 *bis*. I. Les règles sur la radiation des inscriptions appellent celles qui sont relatives à la *restriction* de l'hypothèque et à la *réduction* des inscriptions. Il faut, dans ces deux cas, modifier l'inscription : voilà pourquoi il en est parlé dans ce chapitre.

Nous avons déjà traité de la restriction, à propos des hypothèques des femmes mariées et des mineurs. La loi y revient pour donner une règle générale. Elle appelle cette opération la réduction des inscriptions, bien que dans les articles 2143 et 2144 elle ait dit que l'hypothèque est *restreinte*. L'expression *restriction* est certainement préférable, car elle indique nettement que l'hypothèque frappe un

moins grand nombre d'immeubles, tandis qu'il vaut mieux réserver le mot *réduction* pour l'opération prévue par l'article 2163 qui diminue seulement le chiffre attribué par l'inscription à la créance hypothécaire.

142 *bis*. II. Les règles sur la restriction se trouvent dans les articles 2161 et 2162. Le point de départ de ces règles est qu'il est inutile de grever tous les biens d'un débiteur, quand un seul ou quelques-uns de ces biens garantissent et au delà le créancier. Le créancier est suffisamment garanti quand il a hypothèque sur une valeur libre, c'est-à-dire non affectée par préférence à d'autres créanciers, dépassant d'un tiers le montant de sa créance en capital et accessoires. La loi a voulu fixer une limite à l'appréciation arbitraire des tribunaux, et elle a exigé que le créancier restât au moins garanti pour un tiers en sus de sa créance, en vue des éventualités mauvaises qui pourraient le menacer s'il était restreint à un immeuble représentant la valeur exacte de la créance. Il arriverait trop souvent que l'immeuble se vendant mal, par l'effet d'une baisse ou d'un de ces hasards auxquels sont exposées les ventes aux enchères, le créancier ne fût plus garanti pour la totalité de sa créance.

142 *bis*. III. Les hypothèques soumises à la restriction sont les hypothèques générales, c'est-à-dire d'abord les hypothèques légales; la loi a déjà parlé des hypothèques des femmes et des mineurs; les articles que nous expliquons s'appliquent à l'hypothèque de l'État, des communes et des établissements publics sur les biens des comptables.

Les hypothèques judiciaires rentrent certainement dans les termes généraux de l'article 2161, mais les tribunaux ne devraient pas accorder ordinairement cette restriction. Quand le débiteur est condamné, il doit exécuter le jugement, et ainsi il dégrèvera son immeuble; il ne peut pas se plaindre d'une charge hypothécaire qui résulte de l'inaccomplissement de ses obligations. Il pourrait arriver cependant que le jugement accordât du temps pour payer, ou que la dette, par sa nature, ne dût pas être acquittée actuellement, par exemple s'il s'agit d'une rente ou d'une pension alimentaire; alors l'objection que nous élevons contre la restriction de l'hypothèque n'aurait plus sa raison d'être.

142 *bis*. IV. Les hypothèques conventionnelles ne peuvent pas être restreintes; c'est la conséquence de la règle qui proclame la

liberté des conventions et leur immutabilité : le créancier a été libre d'exiger des sûretés trop considérables, et le débiteur qui les a accordées ne peut pas revenir sur son consentement.

Le respect dû à la volonté des parties ne permet pas d'introduire une distinction sur le dernier alinéa de l'article 2161. On a dit qu'il ne fallait pas l'appliquer à l'hypothèque constituée sur les biens à venir, en vertu de l'article 2130. On s'est appuyé sur ce que cette convention n'était autorisée qu'en cas d'insuffisance des biens présents; d'où l'on a conclu que lorsque le débiteur aurait, postérieurement à la constitution, acquis des immeubles d'une valeur suffisante, l'affectation des biens à venir deviendrait inutile, ce qui permettrait aux tribunaux de les dégrever de l'hypothèque en prononçant un jugement de restriction. Cette opinion, qui a contre elle la forme générale du texte de l'article 2161, nous paraît surtout inadmissible parce qu'elle dénature la disposition de l'article 2130. Nous l'avons dit plus haut (n° 97 *bis*), les parties sont libres de déclarer insuffisants des immeubles que des experts ou des juges trouveraient suffisants; dès lors on porte atteinte à la convention quand on mesure les biens à venir déjà advenus au débiteur et qu'on veut déclarer qu'ils suffisent pour garantir le créancier. S'il a voulu des garanties exagérées, et il avait le droit de les vouloir, s'il ne s'est cru garanti que par l'hypothèque de tous les biens à venir, si le débiteur a consenti à cette affectation hypothécaire de tous ses biens, les tribunaux ne pourraient restreindre l'hypothèque qu'en prononçant une sorte de rescision de la convention pour cause de lésion, et c'est là un droit qui ne leur appartient pas.

142 *bis*. V. Quand les tribunaux ont à apprécier la suffisance de certains immeubles du débiteur pour arriver à la restriction de l'hypothèque, ils ne doivent pas faire faire une expertise coûteuse; ils doivent apprécier personnellement la valeur des immeubles, et en faire une estimation dont l'article 2165 donne les bases. (V. n° 145 *bis*, I et II.)

143. La réduction d'une inscription peut aussi avoir lieu, sous le rapport de la somme pour laquelle elle est prise, lorsque cette somme est le résultat d'une évaluation faite par le créancier, aux termes des articles 2132 et 2148-4°. V. art. 2163; et remarquez que cette réduction s'applique à l'hypo-

thèque conventionnelle comme à toute autre, si toutefois l'évaluation n'a été elle-même fixée par la convention.

144. Les juges, dans ce cas, arbitreront l'excès d'après les circonstances et les probabilités, en conciliant, autant que possible, les deux intérêts opposés, du débiteur qui veut ménager son crédit et du créancier qui veut avoir ses sûretés. Il est clair, au reste, que l'inscription une fois réduite ne conserve à l'hypothèque son rang que pour la somme arbitrée. Que si, par l'événement, la créance se trouve supérieure à cette somme, le créancier n'est point déchu de son hypothèque; mais cette hypothèque ne datera, pour l'excédent, que des nouvelles inscriptions qu'il pourra prendre. V. art. 2164.

144 *bis*. La réduction des inscriptions porte sur le chiffre attribué à la créance dans l'inscription; elle suppose que le créancier a dû évaluer lui-même le montant de sa créance, et que le débiteur conteste cette évaluation. C'est un point que nous avons traité sur l'article 2132; il est inutile d'y revenir.

145. La réduction pour évaluation excessive de la créance est, comme on voit, entièrement abandonnée à l'arbitrage des juges. Quant à la réduction pour excès de la valeur des biens frappés d'hypothèque générale, la loi elle-même établit la manière de calculer cette valeur. Elle l'assied sur le revenu des biens, et la détermine par dix ou quinze fois le revenu, suivant que les biens sont ou non sujets à dépérissement. A l'égard du revenu, il est fixé, soit par la déclaration portée en la matrice du rôle de la contribution foncière, soit par l'indication résultant de la cote de contribution. Du reste, la loi permet aux juges d'avoir égard à tous autres éclaircissements qu'ils peuvent tirer d'actes récents et non suspects, tels que baux ou procès-verbaux d'estimation, et de s'attacher, *pour l'évaluation du revenu*, au taux moyen entre les résultats de ces divers renseignements. V. art. 2165.

145 *bis*. I. Voici en résumé le système pratique d'évaluation que la loi indique au juge. L'immeuble est estimé dix fois son revenu

s'il est sujet à dépérissement; quinze fois son revenu s'il n'est pas sujet à dépérissement. Une maison produisant 1,000 francs est estimée 10,000 francs; une terre d'un produit égal, 15,000 francs.

Pour trouver le revenu qui sert de base au calcul, on se sert des diverses pièces qui peuvent établir le chiffre de la contribution foncière imposée à l'immeuble, soit la matrice du rôle, c'est-à-dire le registre original de la contribution; soit la cote, c'est-à-dire l'extrait de cette matrice remis à chaque contribuable. Ces pièces n'indiquent pas précisément le revenu de l'immeuble; mais, comme il existe une proportionnalité dans chaque commune entre la part de contribution mise à la charge de chaque contribuable et le revenu de la propriété, en recherchant quelle est cette proportion, et la matrice du rôle en contient l'indication, il est facile d'arriver au revenu par une multiplication. Si dans la commune la proportion est comme un est à dix, il suffira de multiplier le chiffre de la contribution par dix, pour obtenir le revenu, et ce revenu trouvé, de le multiplier par dix ou par quinze, suivant la distinction précédemment indiquée, pour trouver le capital représentant la valeur de l'immeuble.

145 *bis*. II. Ce procédé d'estimation a l'avantage d'être simple, mais il donne des résultats qui sont loin d'être exacts. Cette inexactitude a deux raisons : la première, c'est la proportion que la loi suppose représenter le rapport du revenu au capital. Quand on estime 15,000 francs une terre qui rapporte 1,000 francs, on calcule comme si le revenu des terres était habituellement, en France, entre six et sept pour cent, tandis que la terre produit quelquefois un et demi, deux ou trois pour cent. On estime donc 15,000 francs une terre qui, à trois pour cent, représenterait plus de 30,000 francs.

A cette première cause d'erreur, qui détermine une évaluation de l'immeuble bien inférieure à la valeur réelle, vient s'en joindre une autre. Le revenu qu'on multiplie pour trouver le capital n'est pas le revenu réel : c'est un revenu fictif, celui qui résulte, par des calculs de proportion, des pièces établissant le chiffre de la contribution foncière. Or, le revenu que suppose la répartition de la contribution foncière est inférieur au revenu vrai, parce que les communes ont intérêt à diminuer en apparence le chiffre des revenus des propriétés foncières de leur territoire, pour arriver à une diminution de la quote-part de l'impôt foncier mise à la charge

de chacune d'elles, et qui se répartit entre tous les propriétaires.

Heureusement la fin de l'article contient une disposition qui remédie aux inconvénients du système. Les juges, en somme, ont un pouvoir discrétionnaire, puisqu'ils peuvent s'aider de toutes sortes de renseignements pour arriver à l'évaluation du revenu. Néanmoins, il ne paraît pas qu'ils puissent changer la proportion établie par le commencement de l'article entre le revenu et le capital. C'est uniquement par l'estimation qu'ils feront des revenus qu'ils pourront éviter les résultats fâcheux que produirait l'article s'il était appliqué littéralement.

CHAPITRE VI.

DE L'EFFET DES PRIVILÈGES ET HYPOTHÈQUES CONTRE LES TIERS DÉTENTEURS.

146. Le droit d'hypothèque, et sous ce nom il faut comprendre même le privilège, qui n'est vraiment qu'une qualité de l'hypothèque; le droit d'hypothèque donc consiste toujours à se faire colloquer et payer sur le prix du bien affecté : suivant l'ordre de la créance, s'il y a privilège ou hypothèque dispensée d'inscription; autrement, suivant l'ordre de l'inscription. Ce droit, étant réel, suit l'immeuble entre quelques mains qu'il passe. Mais, dans le système de publicité adopté par le Code, le droit de suite ne doit, en général, appartenir qu'à l'hypothèque inscrite. V. art. 2166.

A cet égard, il semble résulter des termes mêmes de notre article, qu'en principe le droit de suite n'appartient pas à l'hypothèque si elle n'est déjà inscrite, conséquemment si l'inscription n'est antérieure à l'aliénation. Toutefois, de cette proposition il faudrait, d'après le Code lui-même, excepter les hypothèques légales des mineurs et des femmes; celles-là, en effet, lorsque l'acquéreur ne purge pas, peuvent toujours être utilement inscrites, si tant est qu'elles aient besoin de l'être;

au cas contraire, elles peuvent l'être dans les délais fixés par la loi (art. 2194). Quant aux privilèges, quoiqu'il soit impossible d'admettre que l'inscription ne fût pas pour eux, dans la pensée du législateur, une condition du droit de suite, quand elle est une condition du droit de préférence (art. 2106), on est pourtant forcé de reconnaître que les termes de l'article 2166, grammaticalement interprétés, permettraient sur ce point quelque doute.

147. Dans cet état de choses, c'était donc un point constant, au moins quant à la simple hypothèque, qu'elle ne pouvait produire effet si son inscription n'avait précédé l'aliénation. Seulement on a douté quelque temps si l'aliénation, sous ce rapport, devait être considérée comme parfaite par le contrat, ou si sa perfection à l'égard des tiers ne dépendait pas de la transcription à faire par l'acquéreur (1). Mais le premier sentiment avait, avec raison, déjà prévalu, lorsque le Code de procédure est venu lever à cet égard toute incertitude, en même temps qu'il établit sur la faculté de s'inscrire, après l'aliénation, un droit nouveau, commun d'ailleurs aux privilèges et aux hypothèques.

Ce Code, en effet, en réglant la forme de la surenchère sur aliénation volontaire (v. ci-après, chap. VIII, art. 2185 et suiv.), réserve la faculté de surenchérir, apanage essentiel, mais exclusif, des créanciers hypothécaires, à ceux qui ayant déjà hypothèque judiciaire ou conventionnelle, ou ayant privilège, n'auraient pas pris inscription antérieurement à l'*aliénation*, c'est-à-dire, comme la loi elle-même l'explique dans le même article, antérieurement à l'*acte* translatif de propriété. Mais pour cela il exige que l'inscription soit prise au plus tard dans la quinzaine de la transcription de cet acte.

De cette disposition, il résulte clairement : 1° que l'aliénation est parfaite par l'acte translatif de proprieté, et que postérieurement il ne pourrait être constitué ni privilège ni hypo-

(1) Voyez, d'une part, art. 1140, 1583, 2181, 2189, 2198 ; mais voyez, d'autre part, art. 711, 1138, 2182.

thèque du chef du précédent propriétaire; 2° que les privilèges et hypothèques antérieurement constitués peuvent être utilement inscrits après l'aliénation, et ce non seulement jusqu'à la transcription, mais même dans la quinzaine de cette transcription; 3° enfin, qu'ils ne le peuvent plus après; ce qui revient à dire qu'il y a alors déchéance du droit de suite.

Cette disposition, du reste, quoique commune, ainsi qu'on l'a dit, aux privilèges et aux hypothèques, réserve expressément *les autres droits résultant au vendeur et aux héritiers, des articles* 2108 *et* 2109 *du Code civil*. V. C. Pr., art. 834.

147 *bis*. I. Il s'agit, dans ce chapitre, du *droit de suite,* droit en vertu duquel le créancier peut exercer son hypothèque contre un détenteur de l'immeuble qui n'est pas débiteur de la dette.

Ce droit appartient aux créanciers privilégiés, comme aux créanciers simplement hypothécaires, et comme au point de vue du droit de suite, il n'y a pas à faire entre ces deux classes de créanciers les mêmes distinctions qu'au point de vue du droit de préférence, le Code a réuni dans le même chapitre les dispositions relatives aux privilèges et celles qui ont rapport aux hypothèques.

147 *bis*. II. L'exercice du droit de suite suppose que l'immeuble hypothéqué a été aliéné. Jusqu'à l'aliénation, en effet, le créancier se trouve en présence du débiteur, contre lequel il n'a pas même besoin de son droit d'hypothèque, ou en présence des créanciers de celui-ci, contre qui il se prévaut de son droit de préférence.

Il importe peu que l'aliénation soit totale ou partielle, qu'elle porte sur la propriété ou sur un de ses démembrements; le droit de suite frappe, comme l'hypothèque, toutes les parties de l'immeuble hypothéqué. (Art. 2114.)

147 *bis*. III. En général, au contraire, il n'y a pas lieu à l'exercice du droit de suite quand le propriétaire aliène des fruits. Il a conservé l'administration de sa chose, et la perception suivie de l'aliénation des fruits rentre essentiellement dans l'administration. Les fruits à une certaine époque doivent forcément être séparés de l'immeuble et devenir des meubles; donc on ne saurait dire que le créancier hypothécaire a compris dans son gage les fruits accumulés de la chose hypothéquée.

Pour respecter le droit d'administration du propriétaire d'un bien hypothéqué, il faut admettre en outre qu'il pourrait vendre ses fruits sur pied, pourvu que la convention ne fût pas faite frauduleusement. C'est là un procédé d'exploitation très ordinaire, presque imposé par la nécessité aux propriétaires de certains biens, qui ne sont pas cultivateurs de profession. Les foins, par exemple, se vendent très souvent ainsi ; les coupes de bois plus souvent encore : il faut bien que le propriétaire puisse trouver des acheteurs, et ceux-ci ne se présenteraient pas s'ils pouvaient craindre que des créanciers hypothécaires ne vinssent faire obstacle à l'exécution de leur contrat.

147 *bis*. IV. A côté de la vente de fruits naturels sur pied, la pensée se porte facilement sur les anticipations en matière de fruits civils, c'est-à-dire sur les cessions de loyers ou fermages faites par le propriétaire avant leur échéance. Quoique ces actes rentrent moins dans les habitudes et les nécessités d'une administration régulière que les ventes de coupes de fruits naturels sur pied, elles sont valables au regard des créanciers hypothécaires, mais sous certaines conditions restrictives. Elles sont soumises à une condition de publicité quand elles portent sur un trop grand nombre d'années. La loi du 23 mars 1855 sur la transcription (art. 2-5°) soumet à la nécessité de la transcription les quittances ou cessions de sommes équivalentes à trois années de loyers ou fermages non échus, et l'article 3 sanctionne cette disposition en disant que ces actes, s'ils ne sont pas transcrits, ne peuvent pas être opposés aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés en se conformant aux lois. Ce qui explique que le créancier hypothécaire qui exerce son droit de suite peut faire vendre l'immeuble hypothéqué sans que les locataires ou fermiers puissent opposer les quittances qu'ils auraient reçues, et qui ne satisferaient pas aux exigences de l'article 2 de la loi de 1855.

147 *bis*. V. L'article 682 du Code de procédure contient une extension plus remarquable encore du droit de suite sur les fruits de l'immeuble. Il déclare les fruits naturels et industriels recueillis postérieurement à la transcription de la saisie immobilière *immobilisés*, pour être distribués avec le prix de l'immeuble par ordre d'hypothèque, et l'article 685 donne la même règle pour les fruits civils (loyers et fermages).

147 *bis*. VI. Le pouvoir d'administrer, qui appartient au pro-

priétaire de l'immeuble hypothéqué, contient aussi le pouvoir de faire des baux, et en principe les créanciers hypothécaires ne peuvent pas exercer le droit de suite contre les preneurs à bail, ce qui consisterait à faire vendre l'immeuble dégrevé du bail consenti par le débiteur. Cependant, les baux à longue durée réduisent dans une proportion considérable la valeur réelle de l'immeuble loué, et par conséquent les tiers, créanciers hypothécaires ou acquéreurs, ont intérêt à en connaître l'existence. Le Code civil n'avait pris sur ce point aucune précaution dans l'intérêt des tiers. La loi de 1855, au contraire, a cherché à leur venir en aide. D'après son article 3, les baux qui n'ont pas été transcrits ne peuvent pas être opposés pour une durée de plus de dix-huit ans aux tiers qui ont sur l'immeuble des droits régulièrement conservés. C'est-à-dire, en ce qui concerne le droit de suite, que le créancier hypothécaire fera vendre l'immeuble sous la condition que l'adjudicataire ne sera pas tenu d'entretenir le bail après l'expiration des dix-huit premières années de son cours. Le droit de suite du créancier hypothécaire n'a pas pour conséquence l'anéantissement à son égard d'un bail de dix-huit ans au plus et d'un bail d'une durée supérieure régulièrement transcrit; mais en dehors de ces hypothèses, le droit du locataire ne préjudicie pas au droit de suite.

147 *bis*. VII. Nous avons dit que l'exercice du droit de suite est possible à l'occasion de la constitution d'un droit réel par le propriétaire de l'immeuble hypothéqué. Il faut maintenant examiner comment ce droit-là pourra être exercé. Si nous supposons que le droit constitué est un droit d'usage, d'habitation, une servitude prédiale, les créanciers inscrits antérieurement à la transcription de l'acte constitutif du droit saisiront l'immeuble et le feront vendre dégrevé du droit qui ne leur pas opposable. Ces divers droits, en effet, ne sont pas comme des parties matérielles de la propriété qui pourraient être saisies et vendues distinctement entre les mains de celui qui les aurait acquises. Impossible de faire vendre l'usage ou l'habitation, droits incessibles, et quant à la servitude prédiale, impossible de la faire vendre aux enchères, car elle n'a pas de valeur vénale, si on l'envisage autrement que comme une partie du fonds dominant dont elle est une des qualités. Ces différents droits ne sont pas opposables sans transcription aux créanciers ou aux tiers acquéreurs, pas plus que des droits d'hypothèques ne sont opposables aux créanciers inscrits avant eux, ou aux

acquéreurs qui ont fait transcrire avant l'inscription qui les conserve.

147 *bis*. VIII. Sur le droit d'usufruit nous trouvons plus de difficultés, parce que l'usufruit d'un immeuble est un immeuble distinct, pouvant être vendu aux enchères indépendamment de la propriété, et que sa constitution ressemble à l'aliénation d'une fraction matérielle de l'immeuble. On voit cependant une objection : Si le créancier hypothécaire est obligé de saisir séparément l'usufruit, puis séparément la nue propriété, il trouvera peut-être moins facilement des enchérisseurs, et les deux adjudications ne produiront pas ce qu'eût produit l'adjudication de la pleine propriété. Nous ne nous arrêterons cependant pas devant cette observation, car elle tendrait à priver le propriétaire d'un immeuble hypothéqué du droit d'aliéner par parties sa propriété, le fractionnement pouvant quelquefois diminuer la valeur vénale qu'aurait l'immeuble entier. Aussi bien, ce fractionnement est un fait dont les conséquences varient suivant les circonstances : quelquefois de petits lots se vendent proportionnellement mieux que de grandes propriétés, et quelquefois l'usufruit et la nue propriété séparés attirent des adjudicataires que n'aurait pas tentés la pleine propriété; ce seront les spéculateurs désireux de saisir les chances d'une opération aléatoire, d'un bénéfice éventuel à réaliser, s'ils achètent la nue propriété, par le prompt décès de celui sur la tête de qui existe l'usufruit, et, s'ils achètent l'usufruit, par la longue vie de cette même personne.

147 *bis*. IX. Le chapitre commence par indiquer les conditions de l'exercice du droit de suite, et tout d'abord il parle de la publicité, aussi nécessaire sans contredit pour la protection des tiers acquéreurs que pour la protection des tiers créanciers.

Cette condition est commune aux privilèges et aux hypothèques. Ces deux droits doivent être inscrits. On a pu en douter, parce que l'article 2166 paraît faire accorder le qualificatif *inscrit* avec le mot hypothèque seulement, en l'écrivant au féminin et au singulier : les créanciers ayant privilège ou hypothèque *inscrite;* mais l'hésitation n'est venue que de ce qu'on n'a pas tenu compte des habitudes du langage d'autrefois, et, il faut bien le dire, des règles mêmes de la grammaire. Lorsque deux substantifs sont unis par la conjonction *ou,* l'adjectif qui les qualifie tous deux s'accorde avec le dernier. Les grammairiens citent comme exemple la phrase suivante : Un

courage ou une prudence étonnante (1). De même que quand un verbe a pour sujet deux mots unis par la conjonction *ou*, il s'accorde avec le dernier : La faiblesse ou l'inexpérience nous fait commettre bien des fautes (2).

Sur ce point, du reste, toute discussion avait dû cesser depuis l'article 834 du Code de procédure, et l'article 6 de la loi de 1855 la rend encore aujourd'hui impossible.

147 *bis*. X. L'article 2166 subit cependant une exception importante; les hypothèques légales des femmes mariées, des mineurs et des interdits, sont aussi bien dispensées d'inscription au point de vue du droit de suite qu'au point de vue du droit de préférence. Si l'article n'en dit rien, cela n'en résulte pas moins très clairement des dispositions de l'article 2195 sur la purge de ces diverses hypothèques, puisque l'immeuble n'est dégrevé que par le défaut d'inscription dans un délai de deux mois, à partir de l'accomplissement des formalités indiquées dans l'article 2194, et qui ne peuvent s'accomplir que postérieurement à l'acte d'aliénation.

147 *bis*. XI. L'inscription des privilèges et des hypothèques est donc une condition du droit de suite. Mais à quelle époque au plus tard doit-elle avoir été remplie? jusqu'à quand l'inscription peut-elle être utilement prise? Voilà ce que le Code civil ne dit pas d'une façon suffisamment claire.

Cependant on peut déduire de l'article 2166 que l'inscription doit, d'après le Code civil, avoir précédé l'acte d'aliénation. Puisqu'il faut avoir un droit inscrit pour suivre l'immeuble en quelques mains qu'il passe, il faut bien que l'inscription soit antérieure à la transmission; car si elle lui était postérieure, fût-ce d'un jour, le bien pendant cette journée aurait cessé d'être atteint par l'hypothèque, qui n'aurait pas en effet suivi l'immeuble, et il aurait été impossible que l'inscription reconstituât un droit qui ne naît pas du chef du tiers détenteur, et qui ne peut exister contre lui qu'autant qu'il a suivi le bien, c'est-à-dire qu'il est la continuation non interrompue d'un droit existant du chef du précédent propriétaire.

Nous envisageons ce qui arrive à l'époque de la transmission de propriété, et dans le système du Code civil, il est certain aujourd'hui que cette transmission s'opérait par le seul effet de la con-

(1) V. *Grammaire française*, par Noël et Chapsal, 32e édit., 1839, p. 187.
(2) Noël et Chapsal, p. 129.

vention de donner, sans que la loi exigeât aucune formalité de publicité. Voilà pourquoi nous avons dit que d'après l'article 2166 l'inscription devait être antérieure à l'acte d'aliénation.

Le Code de procédure avait cherché à venir au secours des créanciers hypothécaires souvent surpris par une aliénation avant d'avoir eu le temps de prendre inscription, et dans son article 834, il permettait aux créanciers dont les droits étaient nés avant l'acte d'aliénation de s'inscrire jusqu'à la transcription de cet acte, et même dans la quinzaine qui suivait cette transcription. La transcription était considérée dans ce système comme un avertissement mettant les créanciers en demeure de prendre inscription et leur assignant un délai pour remplir cette formalité.

147 *bis*. XII. Dans l'état actuel de la législation depuis la loi du 23 mars 1855, l'inscription ne peut plus être prise après la transcription de l'acte d'aliénation (art. 6). On a ainsi abandonné à la fois le système du Code civil et le système du Code de procédure. Les articles 834 et 835 de ce dernier Code sont expressément abrogés par l'article 6 de la loi de 1855.

En étudiant ce texte, on voit d'abord, ce que nous avons déjà établi, que les hypothèques légales des femmes, des mineurs et des interdits ne sont point assujetties à l'inscription, même au cas d'aliénation suivie de transcription. L'article 6 n'a pas visé l'article 2121 du Code civil, alors qu'il énumère, en citant les articles 2123 et 2128, les créanciers qui ne peuvent prendre utilement inscription après la transcription. C'est bien certainement avec intention que l'article 2121 a été omis; on entendait conserver aux hypothèques dont il s'agit l'avantage d'être dispensées d'inscription.

147 *bis*. XIII. Mais le procédé employé par les rédacteurs de la loi de 1855 les a conduits à exagérer leur pensée. L'article 2121, en effet, ne contient pas exclusivement l'énumération d'hypothèques dispensées d'inscription. L'hypothèque de l'État, des communes et des établissements publics sur les biens des comptables doit être inscrite; elle n'est pas comprise dans la disposition de l'article 2135, qui crée la dispense d'inscription au point de vue du droit de préférence; quant au droit de suite, elle a toujours été considérée comme soumise à l'article 2166. Si l'article 6 de la loi de 1855 ne s'y applique pas, on est forcé de la soumettre à un régime bizarre, c'est-à-dire de la traiter comme régie encore, en ce qui concerne le droit de suite, par l'article 2166 qui, nous l'avons dit, ne permet

plus l'inscription à partir de l'acte d'aliénation. Le législateur de 1855 aurait ainsi plus mal traité l'État créancier de ses comptables que les créanciers ordinaires; il l'aurait dépouillé de ses droits en vertu d'un acte occulte et imprévu, et sans aucun doute, il aurait agi contrairement aux habitudes traditionnelles des législateurs, naturellement mieux disposés pour les intérêts de l'État que pour ceux des particuliers. Il vaut bien mieux supposer que les rédacteurs de la loi de 1855 ont fait un peu à la légère leur citation des articles 2127 et 2128, et qu'en omettant l'article 2121 tout entier ils ont subi l'influence d'une habitude vicieuse de langage qui confond quelquefois les hypothèques légales avec les hypothèques dispensées d'inscription, comme s'il n'y avait d'hypothèques légales que celles des femmes, des mineurs et des interdits.

147 *bis*. XIV. Parlons maintenant des priviléges. Il y en a qui sont soumis à la règle générale, c'est-à-dire qui doivent être inscrits avant la transcription de l'acte d'aliénation. En première ligne, il faut citer les priviléges généraux. Ils sont dispensés d'inscription par l'article 2107, mais au point de vue du droit de préférence, et nous ne retrouvons pas la même dispense dans les règles sur le droit de suite. L'article 2166 aussi bien que l'article 6 de la loi de 1855 comprennent ces créanciers privilégiés comme les autres. Les tiers acquéreurs doivent d'autant plus être prévenus de l'existence de ces priviléges, que le plus ordinairement les créances énumérées dans l'article 2101 auront été acquittées sur les premiers fonds disponibles, et n'auront pas besoin du droit de suite.

147 *bis*. XV. Le privilége des architectes et autres constructeurs est également soumis à la règle générale; il doit être inscrit avant la transcription de l'acte d'aliénation, et son inscription, pour être complète, doit être double, c'est-à-dire que le deuxième procès-verbal, dressé en exécution de l'article 2103-4°, doit être inscrit comme le premier, sinon l'inscription ne satisferait pas aux conditions de l'article 2110 qui établit que ce privilége se conserve par une double inscription ayant pour objet les deux procès-verbaux.

Nous avons bien pu dire, en expliquant l'article 2110 (n° 71 *bis* II et III), que la date de l'inscription du second procès-verbal était indifférente, parce que cette inscription n'intéressait que le crédit du débiteur : il s'agissait du droit de préférence. Mais nous nous occupons maintenant du droit de suite, et la question doit être envisagée autrement; pour que le droit du créancier suive l'im-

meuble, il faut qu'il ait été inscrit avant la transcription de l'aliénation; passé ce moment, il est trop tard; si donc l'inscription a été incomplétement prise avant cet événement, elle ne peut plus être complétée, et c'est le cas de l'inscription du constructeur, car d'après l'article 2110, pour conserver le privilège elle doit être double, et le tiers acquéreur qui fait transcrire son titre a bien le droit de considérer l'immeuble comme dégrevé de tous les droits qui n'ont pas été conservés par le parfait accomplissement des formalités légales.

147 *bis*. XVI. Cette solution suppose toutefois que la prise de la seconde inscription a été possible avant la transcription de l'aliénation, c'est-à-dire que les travaux étaient terminés; autrement on n'aurait même pas pu faire encore dresser le procès-verbal de réception de ces travaux, et le créancier ne pourrait pas perdre son droit à raison de l'inaccomplissement d'une formalité impossible. Dans ce cas, l'inscription première suffira, et il faudra, si le propriétaire actuel ne consent pas à la continuation des travaux, procéder directement contre lui à la vérification de ceux qui sont déjà faits, pour exercer le privilège en vertu de la première inscription.

147 *bis*. XVII. Quelques auteurs assimilent à cette hypothèse celle où les travaux sont terminés depuis trop peu de temps pour qu'on ait pu remplir les formalités légales. Nous ne saurions suivre leur doctrine. Elle a certes l'avantage de combler une lacune de la loi de 1855, de remédier au danger résultant de la suppression de l'article 834 du Code de procédure, et, si l'on nous permet de parler ainsi, à l'effet instantané et foudroyant de la transcription; mais cet effet est précisément voulu par le législateur : c'est le fond même de l'article 6. On ne peut pas corriger par interprétation les dispositions législatives. On peut regretter que la loi n'ait pas pris en considération la situation des architectes et ouvriers surpris par une transcription au moment où les travaux viennent d'être terminés, qu'elle ne leur ait pas accordé un délai comme au vendeur et au copartageant; mais on ne peut pas faire autrement que la loi, alors même qu'on prétendrait faire mieux.

147 *bis*. XVIII. Le privilège des créanciers héréditaires invoquant la séparation des patrimoines doit être également inscrit avant la transcription de l'acte d'aliénation consenti par l'héritier. L'article 2111, qui accorde à ces créanciers un délai de six mois pour l'in-

scrire, appartient à un chapitre qui règle les conditions du droit de préférence; le Code civil et la loi de 1855 n'ont pas établi de règle spéciale en faveur de ces créanciers quant à leur droit de suite; ils sont donc soumis à la loi commune.

Nous traitons ici du droit résultant de la séparation des patrimoines, parce que nous avons décidé au n° 59 *bis* I et II que ce droit comprend un droit de suite. C'est, au surplus, un point très controversé, et ceux qui refusent aux créanciers héréditaires le droit de suite n'ont pas à se préoccuper du silence de la loi sur les conditions de sa publicité par rapport à des tiers acquéreurs.

147 *bis*. XIX. Restent deux privilèges qui jouissent d'un délai pour s'inscrire d'après la loi de 1855 : les privilèges du vendeur et du copartageant. Ces deux créanciers ont quarante-cinq jours pour s'inscrire, à partir de la vente ou du partage, et dans ce délai leur privilège est utilement inscrit nonobstant toute transcription antérieure (art. 6, 2e *alin.*, loi du 23 mars 1855).

Le système de cet article est tout à fait différent de celui que consacrait l'article 834 du Code de procédure. Le délai de quinze jours accordé à tous les créanciers par ce Code courait seulement à partir de la transcription. Le délai de quarante-cinq jours concédé au vendeur et au copartageant par l'article 6 de la loi de 1855 court du jour de la vente ou du partage. C'est-à-dire qu'autrefois, un créancier pouvait conserver son droit de suite sans se presser de prendre inscription et attendre qu'une transcription le mît en demeure de remplir cette formalité; alors seulement il devait se hâter, mais il n'était pas en retard; car il avait encore quinze jours. Aujourd'hui le vendeur et le copartageant, les deux créanciers particulièrement protégés, ne doivent pas plus que les autres attendre que la transcription les mette en demeure; en principe, pour eux comme pour les autres, il est trop tard quand la transcription est faite. Mais par une faveur spéciale, si la vente et le partage ne sont pas encore bien anciens, ils pourront s'inscrire après la transcription. L'inscription postérieure à la transcription est autorisée, pourvu qu'il ne se soit pas encore écoulé, au moment où l'inscription est prise, quarante-cinq jours depuis la vente ou le partage.

La loi n'a pas voulu qu'un vendeur ou un copartageant fût privé de son droit par une aliénation subite suivie d'une transcription rapidement faite. Elle lui a fourni le moyen de se garantir contre

un tel danger, mais à la condition qu'il mettrait une certaine diligence à remplir les conditions de publicité. Ce n'est pas en attendant une aliénation qu'un créancier montre sa diligence, c'est en s'inscrivant dans un bref délai après que son droit est né ; voilà pourquoi le vendeur et le copartageant conservent leur privilège quand ils l'ont annoncé dans les quarante-cinq jours de la vente ou du partage, tandis que s'ils ont laissé passer ce délai, ils retombent dans la condition des autres créanciers privilégiés et sont privés de leur droit de suite par la transcription d'un acte d'aliénation.

147 *bis*. XX. Moyennant que ces créanciers sont diligents, ils n'ont pas à craindre les conséquences d'une aliénation précipitée ; quant aux tiers acquéreurs, ils ne sont pas exposés à des surprises, car dans l'examen des titres de propriété de leurs auteurs ils doivent découvrir la vente ou le partage qui vient d'être si récemment fait, et ils doivent se sentir menacés par un privilège d'un vendeur ou d'un copartageant tant qu'il ne s'est pas écoulé quarante-cinq jours depuis la vente ou le partage.

Il est bon de comprendre pourquoi les deux créanciers dont s'occupe le 2e alinéa de l'article 6 sont mieux traités que les autres créanciers hypothécaires et privilégiés; pourquoi ne perdent-ils pas, comme tous les créanciers, le droit d'annoncer utilement leur privilège, quand survient la transcription d'une aliénation consentie par leur débiteur? Cette disposition est le résultat d'une comparaison faite par les rédacteurs de la loi de 1855 entre le vendeur et le copartageant d'un côté, et de l'autre les créanciers hypothécaires. Ceux-ci ne sont pas placés par la loi de 1855 dans une situation absolument dangereuse : une vente précipitée de l'immeuble qui est leur gage ne leur est pas absolument préjudiciable. Ces créanciers sont ordinairement des prêteurs de deniers, qui reçoivent une hypothèque en garantie d'un prêt; s'ils sont prudents, ils ne font tradition des deniers qu'après avoir pris inscription et après s'être assurés que leur inscription est utile, c'est-à-dire qu'il n'est pas survenu de transcription qui puisse y faire obstacle. Mais un vendeur et un copartageant ne peuvent pas avoir cette prudence : ils ne peuvent pas retarder l'exécution du fait qui les dépouillera et prendre au préalable leur inscription; leur créance naît du contrat de vente ou du partage, et par le fait même de cette vente ou de ce partage leur débiteur a acquis la disposition

de la chose vendue ou de son lot : il peut la vendre lui-même presque immédiatement, et alors entre le nouvel acheteur et le vendeur ou le copartageant, il ne s'agira plus que d'une question de vitesse; celui qui arrivera le premier à inscrire ou à transcrire aura sauvegardé ses droits. Le législateur a pris en considération la position du vendeur ou du copartageant qui ne réussira pas toujours, quelque prudence qu'il ait, à annoncer à temps son privilège et à raison de cela la loi leur a donné un délai pour s'inscrire.

147 *bis*. XXI. Les mêmes considérations auraient dû militer en faveur des constructeurs. Mais il sera rare que les travaux se trouvent terminés juste à la veille d'une aliénation, et c'est pour cela que la loi n'y a pas songé. De même nous avons regretté l'absence d'une disposition analogue en faveur des créanciers qui invoquent la séparation des patrimoines; mais le silence de la loi s'explique par ce fait que le Code civil n'a jamais examiné dans son ensemble la théorie de la séparation des patrimoines, que sur cette théorie des doutes sérieux se sont élevés, et que la loi de 1855 a voulu sur ces points douteux, comme sur quelques autres, éviter de trancher d'anciennes controverses.

147 *bis*. XXII. Enfin le créancier qui acquiert une hypothèque judiciaire peut aussi être surpris par une transcription avant d'avoir pris inscription; mais il n'y a pas autant à s'inquiéter de ses droits que de ceux d'un vendeur ou d'un copartageant, parce que ce créancier, s'il a un droit résultant d'un contrat, n'avait pas exigé d'hypothèque dans le principe, qu'il n'a pas pris toutes les précautions possibles et qu'il ne peut pas alors se plaindre d'être imparfaitement protégé par l'hypothèque judiciaire. Si son droit ne provient pas d'un contrat, si surtout il vient d'un fait qui lui est étranger, comme d'un délit ou d'un quasi-délit dont il a été victime, on ne peut pas lui reprocher de n'avoir pas exigé d'avance des hypothèques. Mais on peut comprendre que le législateur qui a créé l'hypothèque judiciaire n'ait pas voulu lui donner assez de force pour qu'elle nuise à des tiers acquéreurs, et par conséquent jusqu'à un certain point au crédit public.

147 *bis*. XXIII. Nous n'avons pas parlé de l'hypothèque légale qui n'est pas dispensée d'inscription : celle de l'État, des communes et des établissements publics; mais on comprend que la loi de 1855 n'ait pas étendu jusqu'à ces hypothèques la règle de l'article 6, 2e alinéa. Si le comptable nouvellement nommé aliénait ses

biens pour les soustraire à l'hypothèque, il serait facile de le révoquer, et il n'aurait pas le temps de commettre des malversations; s'il s'agit de biens acquis pendant son administration, qu'il les aliène dans le même but, il pourrait être également frappé de révocation, et la personne morale qui est créancière ne souffrira pas plus de cette aliénation qu'elle n'aurait souffert si le comptable n'avait pas acquis ce bien; or, il était déjà en fonction avant que ce bien fût devenu sa propriété, et ce n'est pas à cause de cette propriété qu'il a obtenu la confiance qui a déterminé sa nomination.

147 *bis*. XXIV. Le système de la loi de 1855, quant au privilège du copartageant, est, comme on le voit, très simple et parfaitement en harmonie avec les conditions de publicité auxquelles ce privilège est assujetti par le Code civil. Au contraire, la disposition de l'article 6 en tant qu'elle concerne le privilège du vendeur paraît avoir un caractère assez étrange. Il y est question de conserver le privilège du vendeur par une inscription, tandis que jusqu'à présent nous avons vu le Code civil considérer la transcription comme la formalité qui publie et qui conserve le privilège du vendeur (art. 2108).

Cette disposition de la loi de 1855 est la mise en œuvre d'une théorie que la jurisprudence et le plus grand nombre des auteurs ont admise sur la conservation du privilège du vendeur. Il est vrai que le vendeur est en quelque sorte dispensé de prendre inscription pour la conservation de son droit; la transcription, ordinairement faite par l'acheteur (car celui-ci y est particulièrement intéressé), vaut pour lui l'inscription. Il est certain également que le vendeur peut lui-même requérir la transcription; mais il peut remplacer ce mode exceptionnel de publicité par le mode normal, par l'inscription : son droit de créance est né le jour du contrat de vente, et il n'importe qu'il puisse, par rapport à certains tiers, disposer de la chose jusqu'à la transcription. Dans ses rapports avec l'acheteur il n'est plus propriétaire, il est créancier du prix; s'il est créancier, il peut prendre inscription sur l'immeuble affecté à son privilège, et l'on ne peut pas alléguer qu'il prendrait inscription sur lui-même, puisqu'il n'est plus propriétaire au regard de l'acheteur, et que d'ailleurs on voit bien l'acquéreur d'un immeuble avoir une hypothèque et une inscription sur soi-même, quand, payant les créanciers inscrits, il leur est subrogé aux termes de l'article 1251-1°. Ceci étant établi, il est naturel que le

législateur de 1855, songeant au vendeur qui cherche uniquement à conserver ses droits et qui n'a pas, comme l'acheteur, à se protéger contre les acquéreurs de droits réels, l'ait vu plutôt requérir une inscription qu'une transcription. Mais il est clair que si une transcription avait annoncé le privilège du vendeur avant la transcription d'une nouvelle vente faite par l'acheteur, il ne serait pas utile que le privilège du vendeur fût inscrit.

147 *bis*. XXV. Si nous supposons même que l'acte qui donne publicité au privilège du vendeur est postérieur à la transcription faite par un ayant cause de l'acheteur, mais est accompli dans les quarante-cinq jours de la première vente, il nous paraît difficile de ne pas exiger que la publicité soit donnée par voie d'inscription. C'est l'hypothèse particulière de l'article 6 de la loi de 1855, et ce texte ne parle que de l'inscription du privilège. On le comprend de reste. L'article accorde une faveur au vendeur en lui permettant de conserver son droit après que son débiteur a aliéné le bien et que l'acte d'aliénation a été transcrit ; en accordant cette faveur, la loi a bien pu la subordonner à l'emploi du mode de publicité qui lui a paru préférable, et l'inscription a cet avantage sur la transcription qu'elle établira bien mieux la relation entre le privilège et le tiers détenteur, puisqu'elle sera prise sur le tiers détenteur lui-même, propriétaire actuel de l'immeuble, tandis que la transcription de la première vente relaterait l'existence d'une créance au profit du vendeur sur le premier acheteur en laissant complètement dans l'ombre la personne du deuxième acheteur et le fait de la revente.

147 *bis*. XXVI. La loi de 1855 n'est pas applicable au cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, et par conséquent ce n'est pas la transcription du jugement d'expropriation qui dépouille les créanciers hypothécaires du droit de s'inscrire. Il faut appliquer les articles 16 et 17 de la loi de 1841 sur l'expropriation, qui accordent aux créanciers, pour s'inscrire un délai de quinze jours à partir de la transcription. Cette disposition de la loi de 1841 était certainement inspirée par l'article 834 du Code de procédure, mais elle a son individualité propre; la loi sur l'expropriation n'est pas le Code de procédure, et par conséquent l'abrogation de l'article 834 n'implique pas l'abrogation de l'article 17 de la loi de 1841. Admettre l'abrogation de cet article par la loi sur la transcription, ce serait véritablement détruire tout le système de la loi de 1841,

car ce n'est pas seulement sur le point spécial qui nous occupe qu'il y a divergence entre les deux lois. Sur le point de départ même de la loi de 1855, les deux lois diffèrent, car la loi de 1841 n'impose pas d'une manière absolue l'obligation de transcrire le jugement d'expropriation. Il est clair, d'après l'article 16, que la transcription doit être faite aux fins prévues par l'article 2181 du Code civil, c'est-à-dire en vue de purger l'immeuble des hypothèques; mais il y a loin de là à la nécessité de la transcription comme l'entend la loi de 1855 destinée à garantir un acquéreur contre le résultat d'actes d'aliénation déjà consentis par son auteur. L'article 1er de la loi de 1855 est, il est vrai, assez général, mais il se comprend pour le jugement d'expropriation. Ce n'est pas en effet un jugement d'adjudication, car il n'y a pas de vente aux enchères; ce n'est pas non plus un jugement déclarant l'existence d'une convention verbale préexistante; ce n'est pas l'acte translatif de propriété prévu par cette loi qui n'entend parler par ces mots que des actes conventionnels qu'elle oppose aux jugements. La législation de 1841 a donc sa sphère d'application, et ses dispositions restent en vigueur alors même qu'elles peuvent être considérées comme des exceptions aux règles générales établies en 1855.

147 *bis*. XXVII. Nous avons supposé des aliénations volontaires quand nous avons jusqu'à présent recherché à quel moment les créanciers hypothécaires devaient être inscrits pour exercer leur droit de suite. Si nous songeons au cas de vente forcée, c'est-à-dire à la vente sur saisie immobilière, nous allons appliquer les mêmes principes. Le jugement d'adjudication doit être transcrit (art. 1er-4° de la loi de 1855); d'après l'article 6 de la même loi, les créanciers ne peuvent plus s'inscrire après la transcription; les créanciers sont donc sur ce point traités comme au cas d'aliénation volontaire, seulement il est bien certain qu'ils ne peuvent pas demander une nouvelle vente publique; nous dirons plus tard que l'adjudication qui a eu lieu purge les hypothèques, et que leur droit se borne à être colloqués sur le prix de l'adjudication.

147 *bis*. XXVIII. Quand on a étudié les conditions auxquelles est subordonné le droit de suite, on s'aperçoit qu'elles sont quelquefois différentes des conditions auxquelles est subordonné le droit de préférence; mais chacun des deux éléments qui composent le droit d'hypothèque ayant son existence propre, ou plus exactement le droit de préférence pouvant avoir une existence

propre, il est facile d'appliquer distinctement à chacun des deux droits les dispositions légales qui le concernent. Il en résultera que dans certaines circonstances le droit de suite aura péri, quand le droit de préférence subsistera encore; mais ce n'est pas un résultat impossible à admettre au point de vue pratique; il a même été plusieurs fois consacré par des dispositions formelles de la loi.

Au point de vue pratique, la survie du droit de préférence au droit de suite, c'est tout simplement l'attribution aux créanciers du droit d'être payés à leur rang de préférence sur le prix, tant qu'il est encore dû par le tiers détenteur ou lorsqu'il a été par lui déposé à la Caisse des consignations. Le Code civil a admis que le droit de préférence pourrait subsister quand le droit de suite est éteint (article 2198); la loi de 1841 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique donne une décision semblable (article 17), et nous trouvons encore une solution de même nature dans l'article 772 du Code de procédure, tel qu'il a été rédigé par la loi du 21 mai 1858. Nous pouvons donc, par la combinaison des règles sur la conservation du droit de préférence et de celles qui concernent le droit de suite, trouver d'autres hypothèses dans lesquelles le premier de ces droits survivra au second.

148. L'inscription conserve le privilège ou l'hypothèque sur le bien aliéné, sans qu'il soit besoin d'obtenir jugement contre le tiers détenteur. Nous verrons pourtant que celui-ci peut, par l'emploi de certaines formalités, parvenir à l'affranchissement de son immeuble, en payant les créanciers utilement colloqués, jusqu'à concurrence du prix de son acquisition, ou en consignant ce prix : c'est ce qu'on appelle purger; dans ce cas, au reste, il n'y a nullement lieu de distinguer si les créances sont ou non exigibles. Que si l'acquéreur ne remplit pas les formalités établies pour purger, il demeure obligé, mais seulement comme détenteur, à toutes les dettes auxquelles le bien est affecté; auquel cas, il est clair qu'il jouit des mêmes termes que le débiteur originaire. V. art. 2167.

149. Le détenteur, obligé comme tel, est tenu de *payer ou de délaisser* (1); mais il faut, ou qu'il paye intégralement

(1) Il serait plus exact de dire qu'il est tenu de délaisser, s'il n'aime pas mieux payer.

les créances exigibles, tant en capital qu'intérêts, ou qu'il délaisse le bien sans aucune réserve. V. art. 2168.

149 *bis*. I. Il faut maintenant mettre en action le droit de suite, et dire quelle situation son existence fait au tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué.

D'après les articles 2167 et 2168, il est obligé comme détenteur, c'est-à-dire tenu hypothécairement; il peut être poursuivi par les créanciers hypothécaires tant qu'il détient l'immeuble, mais jamais au delà de la valeur de cet immeuble. Par conséquent, il a le droit de repousser les poursuites en abandonnant l'immeuble. La formule exacte est même celle qui dit qu'il est tenu d'abandonner le bien, si mieux il n'aime payer. Elle a l'avantage de bien mettre en évidence cette idée, que le tiers détenteur n'est pas débiteur d'une somme d'argent et que la perte de l'immeuble le soustrairait absolument à son obligation hypothécaire.

Tout cependant ne se réduit pas à cette alternative : il est encore d'autres partis que peut prendre le tiers détenteur exposé à l'action hypothécaire, l'un d'eux est indiqué par l'article 2167, *purger*. Il faut donc faire une énumération complète des différents partis que peut prendre le tiers détenteur, en commençant par dire qu'il peut purger, sauf à revenir, à propos des chapitres VIII et IX, sur ce que c'est que la purge et les avantages que peut présenter cette opération.

149 *bis*. II. Si le tiers détenteur ne purge pas, il peut payer toutes les dettes hypothécaires au delà même de son prix d'acquisition. Aux termes de l'article 2167, il jouira dans ce cas des termes et délais accordés au débiteur originaire. Et c'est la jouissance de ces délais qui peut constituer l'avantage qu'aurait le débiteur à prendre ce parti. Mais c'est là, d'un autre côté, un parti dangereux, quand les dettes hypothécaires dépassent le montant du prix d'acquisition. Il faudra que le débiteur ait un violent désir de conserver l'immeuble et qu'il consente à le garder pour ainsi dire à tout prix, car bien qu'il ait contre son vendeur une action en garantie pour tout ce qu'il aura déboursé en sus du prix, ou s'il est acquéreur gratuit, ce qui fait obstacle à ce qu'il ait l'action en garantie, bien qu'il ait un recours contre le débiteur personnel des dettes, ces recours pourront ne pas donner de résultats avantageux, si le vendeur ou le débiteur personnel est insolvable.

149 *bis.* III. Le tiers détenteur peut aussi payer seulement les dettes hypothécaires jusqu'à concurrence de son prix d'acquisition ; il jouit encore dans cette hypothèse des termes accordés au débiteur, et il ne court pas grand danger de perdre les sommes qu'il débourse, parce qu'il est subrogé légalement d'après l'article 1251-2°, et qu'il prendrait la place des créanciers qu'il a désintéressés, si les créanciers qu'il n'a pas payés agissaient contre lui par l'action hypothécaire.

C'est en effet le mauvais côté du parti que prend alors le tiers détenteur : il n'est pas sûr de garder l'immeuble, car les créanciers non payés conservent contre lui l'intégralité de leurs droits. Il est vrai qu'en fait il a des chances de le garder, car les créanciers non payés peuvent comprendre que leurs poursuites sont inutiles, puisque le détenteur conserve sur eux la priorité qui appartenait aux créanciers qui ont été payés (1).

149 *bis.* IV. Le quatrième parti à prendre par le tiers détenteur consiste à opposer le *bénéfice de discussion*. Mais ceci n'est bien souvent qu'un moyen provisoire, procurant un délai, sans dégager véritablement le tiers détenteur de son obligation hypothécaire.

Le tiers détenteur peut encore, nous l'avons déjà dit, abandonner l'immeuble, en termes techniques, *le délaisser*.

Enfin, il peut se laisser exproprier judiciairement. En réalité, ce n'est pas alors un parti qu'il adopte par son libre choix, c'est une poursuite judiciaire qu'il subit, faute d'avoir satisfait le créancier.

Nous allons examiner successivement, avec les articles du Code, les conséquences de l'option que fait le tiers détenteur : 1° Quand il se laisse saisir; 2° quand il oppose le bénéfice de discussion; 3° quand il délaisse.

150. Faute de satisfaire pleinement à l'une de ces obligations, le détenteur pourra, non pas être poursuivi personnellement sur tous ses biens, mais subir l'expropriation du bien hypothéqué. Toutefois, la saisie ne peut être pratiquée que trente jours après commandement fait au débiteur originaire, et sommation faite au détenteur de payer ou de délaisser. V. art. 2169; v. à ce sujet art. 2217, et C. Pr., art. 674.

(1) V. t. V, 194 *bis*. I-IV.

150 *bis*. I. Le Code n'a pas suivi l'ordre logique des idées en parlant du cas d'expropriation, avant de traiter de la discussion, et du délaissement. La saisie est l'*ultima ratio* du créancier; logiquement il faudrait l'examiner quand on a traité des autres événements qui peuvent mettre fin à l'exercice du droit d'hypothèque. Il n'importe au surplus; les quelques observations à faire sur la saisie n'exigent pas la connaissance des règles sur la discussion et le délaissement.

Le créancier hypothécaire peut employer contre le tiers détenteur la voie de rigueur, la saisie; comme toute saisie, celle-ci doit être précédée d'un avertissement, et ici l'avertissement, l'injonction est double : c'est un *commandement* par rapport au débiteur personnel de la dette; c'est une *sommation* par rapport au tiers détenteur. En effet, le titre en vertu duquel le créancier peut saisir n'est exécutoire que contre le débiteur, et c'est pour cela que l'injonction ne peut pas être qualifiée commandement en tant qu'elle s'adresse au tiers détenteur.

150 *bis*. II. Le commandement et la sommation doivent précéder la saisie de trente jours, bien que la rédaction de l'article ne puisse faire naître un doute sur ce point; car elle pourrait faire croire qu'il suffit qu'une sommation ait été faite au tiers détenteur, sans qu'il se fût écoulé un certain temps depuis sa signification. Mais ce résultat serait absurde, car il faut bien que le tiers détenteur, sommé de délaisser ou de payer, ait un délai quelconque pour opter entre ces deux partis, et comme la loi n'indique pas un délai spécial en ce qui le touche, il faut bien admettre que l'article a entendu donner la même règle pour la sommation que pour le commandement. Le texte peut d'ailleurs s'entendre très correctement dans ce sens, car les mots *et sommation faite* peuvent se rattacher aux mots *trente jours après*, comme s'y rattachent très certainement les mots *commandement fait au débiteur;* la phrase signifiant alors : *trente jours après le commandement et la sommation.*

151. La loi, au reste, réserve au tiers détenteur, qui n'est obligé que comme tel, un bénéfice semblable à celui qu'elle accorde à la caution poursuivie pour la dette d'autrui; il peut, en opposant l'exception de discussion, faire surseoir à la vente du bien qui lui a été transmis. Mais il faut pour cela que d'autres immeubles hypothéqués à la dette soient demeurés

en la possession du principal ou des principaux obligés. Encore cette exception ne peut-elle arrêter les poursuites du créancier privilégié ou ayant hypothèque spéciale. V. art. 2170, 2171; et à ce sujet art. 2021.

Appliquez, d'ailleurs, au bénéfice de discussion opposé par le tiers détenteur les articles 2022, 2023, 2024.

151 *bis*. I. Le tiers détenteur exposé à des poursuites de la part du créancier hypothécaire peut les arrêter en ayant recours à un moyen préalable qu'on appelle le *bénéfice de discussion*.

Le tiers détenteur n'est pas un débiteur. Tout ce que le créancier peut exiger de lui, c'est l'abandon du bien ou le paiement de la dette, mais à défaut de paiement fait par le véritable débiteur. Il est donc raisonnable que le créancier n'exerce ses droits contre le tiers détenteur qu'après avoir vainement tenté de les exercer contre le débiteur. L'intérêt public, d'ailleurs, demande le maintien des acquisitions, la tranquillité des acquéreurs, quand il n'est pas nécessaire que ces acquisitions soient anéanties et que ces acquéreurs soient inquiétés.

151 *bis*. II. Le bénéfice de discussion n'a de raison d'être qu'autant qu'il est invoqué par une personne étrangère à la dette, garantissant par conséquent, à raison de l'hypothèque qui pèse sur son bien, la dette d'autrui. Il faut donc que celui qui invoque ce bénéfice soit véritablement un *tiers* détenteur. Voilà pourquoi l'article 2170 ne se contente pas de l'expression ordinaire qui désigne celui qui est poursuivi hypothécairement, et ajoute qu'il n'est pas personnellement obligé à la dette.

151 *bis*. III. L'article, par ces mots, prive certainement du bénéfice de discussion un débiteur solidaire qui serait détenteur de l'immeuble hypothéqué. Mais il n'en exclut peut-être pas un débiteur qui, tenu seulement à la dette pour partie, serait hypothécairement tenu pour le tout. Telle est la situation d'un débiteur qui a des codébiteurs conjoints, ou de l'héritier qui n'est pas l'héritier unique du débiteur.

Le droit de ces divers débiteurs nous paraît très clair quand ils ont déjà payé leur part de la dette, alors que des poursuites hypothécaires sont dirigées contre eux. Ils sont à ce moment étrangers à la dette, et l'article 2170 n'exige pas autre chose; il demande

que le détenteur ne soit pas obligé personnellement, et non pas qu'il n'ait jamais été obligé. Mais la situation change si, lors des poursuites hypothécaires, le détenteur, débiteur partiel, offre de payer la part dont il est tenu personnellement, pour devenir tiers détenteur et requérir la discussion. On sort alors des termes de l'article, on méconnaît le caractère exceptionnel du bénéfice de discussion, faveur extraordinaire accordée au détenteur au détriment du créancier qui, dans le principe, a dû croire qu'il pourrait, sans entrave, poursuivre celui des biens hypothéqués qu'il voudrait choisir. Le droit de demander la discussion ne doit donc être reconnu au détenteur qu'autant que celui-ci rentre strictement dans la catégorie des personnes déterminées par l'article 2170. De plus, il faut tenir compte de l'article 1221, qui donne à la dette un caractère de quasi-indivisibilité dans les rapports entre le créancier et l'héritier détenteur de l'immeuble hypothéqué, ce qui permet, par conséquent, au créancier de refuser le paiement partiel qui lui serait offert par l'héritier, en vue de devenir tiers détenteur et de profiter du bénéfice de discussion.

151 *bis*. IV. Après avoir parlé des codébiteurs solidaires ou conjoints et des héritiers tenus avec d'autres au paiement de la dette, il faut s'expliquer sur la caution. Elle est tenue pour le débiteur principal au paiement de la dette, tenue par un lien personnel en vertu du contrat de fidéjussion ; si elle détient en même temps un immeuble hypothéqué à la dette, peut-elle opposer le bénéfice de discussion ? Certes, la caution est obligée personnellement, et elle paraît, à raison de cette obligation personnelle, privée par l'article 2170 du droit de demander la discussion. Mais on aperçoit bien vite la raison de douter. La caution n'est pas le débiteur : elle n'est pas tenue principalement ; son obligation est accessoire, et l'article, en parlant du débiteur personnel opposé au débiteur hypothécaire, a dû songer au débiteur principal ; de plus, la caution, en cette qualité, jouit du bénéfice de discussion quand elle est poursuivie par le créancier, et l'on a peine à admettre que la réunion de deux qualités qui, chacune séparément, donnent le bénéfice de discussion, prive le détenteur de ce bénéfice. Cette objection est combattue par le raisonnement suivant : Le tiers détenteur qui nous occupe a deux qualités : il peut être poursuivi comme caution ou comme tiers détenteur ; poursuivi comme caution, c'est-à-dire sur ceux de ses biens qui ne sont pas hypothéqués, il a sans aucun doute le

droit de demander la discussion; mais quand il est poursuivi hypothécairement, il n'a droit à la discussion qu'autant qu'il est dans les termes de l'article 2170, c'est-à-dire autant qu'il n'est pas débiteur personnel : or il est tenu personnellement; donc il ne peut pas se prévaloir de l'article 2170. Nous croyons qu'il faut répondre à cette argumentation en recherchant quel est le caractère particulier de l'obligation personnelle dont est tenu ce tiers détenteur; c'est une obligation personnelle, il est vrai, mais amoindrie par le droit de demander la discussion; donc on peut dire que ce détenteur n'est pas obligé personnellement tant qu'il existe des biens dont la discussion est possible, et par là on échappe à l'application littérale de l'article et à la nécessité de priver du bénéfice de discussion un détenteur, en s'appuyant sur ce qu'il a une autre qualité qui implique elle-même droit à ce bénéfice.

151 *bis*. V. Le tiers détenteur n'a pas le droit de faire discuter un bien quelconque du débiteur, car le bénéfice de discussion, n'étant qu'une faveur exceptionnelle, ne peut se justifier qu'autant qu'il ne compromet pas les droits du créancier. Si le détenteur exigeait la discussion d'un bien non hypothéqué à la dette, le créancier, réduit sur cet immeuble aux droits d'un créancier chirographaire, primé par les hypothécaires, concourant avec les autres créanciers, perdrait un temps précieux sans chances sérieuses d'être payé sur l'immeuble discuté. Le tiers détenteur ne doit donc indiquer comme susceptibles de discussion que des immeubles hypothéqués à la même date.

151 *bis*. VI. Les biens indiqués par le tiers détenteur sont peut-être absolument insuffisants pour garantir le paiement de la dette, soit que ces biens aient une valeur vénale trop modique, soit qu'ils se trouvent grevés d'hypothèques préférables à celle du créancier poursuivant et qui absorbent tout le prix qu'on pourrait raisonnablement en espérer. Il n'est pas possible qu'en pareil cas le créancier qui poursuit le tiers détenteur soit forcé d'attendre la saisie et la vente des biens hypothéqués qui sont dans les mains du débiteur; le sursis que ce détenteur y gagnerait n'aurait aucune raison d'être, et le tribunal devrait repousser l'exception de discussion. Aussi bien, il aurait véritablement donné satisfaction à ce tiers détenteur, car il aurait examiné si les biens pouvaient suffire au paiement du créancier, et c'est bien là le fond de la *discussion*. Le Code civil ne dit nulle part que *discuter*, ce soit forcément saisir

et vendre les biens; on peut donc interpréter ce mot dans le sens que nous lui attribuons; il signifie : établir judiciairement l'insuffisance des biens.

151 *bis.* VII. Dans le même ordre d'idées, nous devons dire que le créancier ne peut pas être contraint à discuter des biens litigieux, car cette garantie n'est pas sûre. Mais nous n'en dirons pas de même des immeubles situés hors du ressort de la cour d'appel. Il faudrait alors distinguer selon la situation de ces biens. S'ils sont situés à l'étranger ou même sur des parties du territoire français assez éloignées pour que la saisie et la vente présentent des difficultés et entraînent des lenteurs préjudiciables, le tribunal pourra refuser le sursis; mais s'il s'agit de biens situés dans la France continentale, les difficultés de communication ont bien diminué depuis les temps de nos anciens auteurs qui ont refusé, dans ce cas, le bénéfice de discussion à la caution, et il nous paraît bien plus juridique de ne pas priver le tiers détenteur de son droit à raison de difficultés un peu imaginaires. Nous raisonnons ainsi parce que nous ne sommes pas liés par le texte. Si nous parlions d'une caution, nous serions forcé de respecter l'article 2023, bien qu'il nous paraisse quelque peu antique dans ses motifs. Mais l'article 2023 n'est pas applicable comme disposition légale au bénéfice de discussion invoqué par un tiers détenteur. L'article 2170 renvoie, il est vrai, au titre du cautionnement, mais seulement en ce qui concerne la forme, et la question qui s'élève sur la nature des biens dont la discussion peut être imposée n'est certainement pas une question de forme.

151 *bis.* VIII. Les biens hypothéqués, alors même qu'ils réunissent les caractères que nous venons d'énumérer, ne peuvent pas tous être indiqués comme objet de discussion Il faut qu'ils soient restés dans la possession du principal ou des principaux obligés. Ces expressions comprennent sans aucun doute le débiteur et les codébiteurs solidaires, même les débiteurs conjoints qui n'ont pas payé leur part de la dette commune avant que l'action hypothécaire ait été dirigée contre eux. Elles n'embrassent pas, et ceci est également certain, les tiers détenteurs d'autres immeubles affectés à la même dette. Ceux-ci sont dans la même position que le tiers détenteur poursuivi, et il n'y a pas de raison pour que ce détenteur cherche à faire retomber sur eux la poursuite dont il est l'objet. Le créancier, dont l'intérêt est surtout à considérer, a bien

eu le droit de choisir, entre différentes personnes soumises au même titre à son action, celle qu'il lui convenait le mieux de poursuivre.

151 *bis*. IX. Il est plus difficile de décider si le tiers détenteur peut renvoyer le créancier à discuter les biens hypothéqués qui sont possédés par une caution. La caution, en effet, est un des débiteurs de la dette, plus directement tenue, par conséquent, que le tiers détenteur, et l'on pourrait comprendre qu'il existât entre eux une différence; mais le texte de l'article 2170 ne permet pas de le faire; il faut que l'immeuble soit entre les mains du principal ou des principaux obligés; or, la caution est un débiteur accessoire; on l'oppose toujours au débiteur principal; elle n'est donc pas comprise dans l'article; il faudrait, pour qu'il en fût ainsi, en torturer les expressions, et lire débiteur personnel, quand la loi a écrit débiteur principal. La logique nous conduit, d'ailleurs, à cette application littérale du texte : nous avons déjà dit que la caution qui détient un des immeubles affectés à l'hypothèque aurait le bénéfice de discussion; elle est donc traitée comme un tiers détenteur, d'où il résulte que, dans les rapports avec celui qui oppose au créancier le bénéfice de discussion, elle doit être traitée comme ayant une situation identique avec la sienne. Or, les tiers détenteurs ne peuvent pas renvoyer à discuter les biens détenus par d'autres tiers détenteurs.

151 *bis*. X. L'hypothèque que nous venons de supposer, c'est l'hypothèque qui a grevé le bien, parce qu'il appartenait originairement au débiteur véritable. On pourrait supposer l'immeuble de la caution grevé d'une autre hypothèque, née du chef même de la caution qui l'aurait constituée, pour la garantie de son obligation de caution. Alors, il est vrai, on pourrait dire que la caution est, par rapport à cette hypothèque, un débiteur principal; mais cela ne changerait rien à notre solution sur les droits du tiers détenteur. C'est par rapport à ce tiers détenteur que l'article a exigé que l'immeuble fût en la possession d'un débiteur principal. Or, quant au tiers détenteur, peut-il exister d'autre débiteur principal que le débiteur de la dette à laquelle est hypothéqué son immeuble? Pour le créancier auquel on oppose le bénéfice de discussion, n'en est-il pas de même, et peut-on lui soutenir que la caution est un débiteur principal?

151 *bis*. XI. Il nous reste à parler de celui qu'on appelle quel-

quefois la caution réelle, c'est-à-dire du tiers qui, sans s'obliger personnellement, a hypothéqué son immeuble à la dette d'autrui. Des auteurs le présentent comme un obligé principal, tandis qu'il n'est pas tenu par un lien d'obligation, et que s'il est tenu hypothécairement, il est tenu pour la dette d'autrui, ce qui ne permet pas de dire qu'il soit obligé principalement. Voilà pourquoi ce propriétaire doit être considéré comme un tiers, et pourquoi le tiers détenteur poursuivi ne peut pas demander contre lui le bénéfice de discussion. On a allégué cependant que, l'hypothèque qui le grève étant spéciale, il ne peut pas élever d'objection contre le tiers détenteur, qui demande à le faire discuter. A cette objection, il est facile de répondre que, si les détenteurs d'immeubles grevés par hypothèque spéciale n'ont pas le bénéfice de discussion, il n'est pas nécessaire d'en conclure que les mêmes détenteurs peuvent être exposés à des demandes de discussion de la part des tiers détenteurs grevés d'hypothèques générales. On crée, par l'observation que nous combattons, une cause particulière de rigueur fondée sur la spécialité de l'hypothèque, et cette création est tout arbitraire, car la loi ne nous en montre pas le fondement.

151 *bis*. XII. La discussion doit être requise selon la forme réglée au titre du cautionnement, c'est-à-dire qu'il faut appliquer les articles 2022 et 2023-1°, en vertu desquels la réquisition doit être faite sur les premières poursuites, en indiquant les immeubles à discuter, et en avançant les frais.

151 *bis*. XIII. Tout ce que nous venons de dire suppose que l'hypothèque dont sont grevés les immeubles à discuter, et les immeubles dont les détenteurs demandent le bénéfice de discussion, est une hypothèque générale. La discussion ne peut être demandée quand le droit du créancier est un privilège ou une hypothèque spéciale.

Il est assez difficile de se rendre compte des motifs de cette disposition; mais pour tenter une explication sur ce point, il faut au moins distinguer entre le cas où il s'agit d'hypothèque et celui où il s'agit de privilège.

Quand les différents immeubles sont grevés d'une hypothèque spéciale, c'est-à-dire conventionnelle, ce qui suppose que le débiteur a hypothéqué plusieurs immeubles spécialement, on ne comprend pas pourquoi le créancier ne serait pas contraint à poursuivre d'abord l'immeuble possédé par le débiteur. La convention

est la loi des parties; mais elle pourrait bien être interprétée dans ce sens, de même qu'on interprète dans un sens analogue la convention faite entre un créancier, un débiteur principal et une caution. La loi s'est probablement placée au point de vue du droit strict du créancier, qui pourrait alléguer qu'en exigeant l'affectation hypothécaire de plusieurs immeubles, il a particulièrement mis sa confiance sur l'un de ces immeubles, celui qui est maintenant entre les mains du tiers détenteur. En somme, la loi a plus facilement tempéré la rigueur des droits du créancier, quand ce droit a été constitué par elle, qu'il s'agisse d'une hypothèque légale ou d'une hypothèque judiciaire, que quand le droit d'hypothèque est né sans elle et par la volonté des parties.

Pour les privilèges, ils sont presque tous spéciaux dans toute la rigueur du terme; ils ne peuvent pas frapper plusieurs immeubles : il en est ainsi du privilège du vendeur et de celui du constructeur; quand même une vente comprendrait plusieurs immeubles, chacun d'eux serait distinctement grevé de privilège, et si un architecte ou un entrepreneur a fait des travaux sur plusieurs immeubles appartenant au même propriétaire, il a plusieurs privilèges distincts, et non pas un privilège unique et général.

Cependant, dans le cas de séparation des patrimoines, l'hypothèse est possible, mais la loi ne songe pas souvent à ce privilège dont la nature est douteuse.

Restent donc les privilèges généraux de l'article 2101, que la loi oublie aussi facilement, et surtout qu'elle ne suppose pas souvent exercés contre les tiers détenteurs.

Puis enfin, le privilège du copartageant : celui-ci peut frapper plusieurs immeubles compris dans le même lot, ou les immeubles de différents lots affectés à la sûreté de l'obligation de garantie.

Dans ces différentes hypothèses, assez rares sauf la dernière, on a peine à justifier le refus du bénéfice de discussion. Voici toutefois ce qui nous paraît avoir agi sur l'esprit du législateur. Le privilège est une hypothèque privilégiée; il doit donc être traité en tous points comme l'hypothèque la plus favorisée; il serait étrange qu'une certaine hypothèque eût des avantages que n'aurait pas le privilége. Pour éviter cette étrangeté, il a fallu assimiler les priviléges aux hypothèques spéciales quant au bénéfice de discussion.

152. Le délaissement, dont nous avons parlé, est aussi pour le détenteur un moyen d'éviter l'expropriation. En abdiquant la possession de l'immeuble, il se soustrait naturellement aux poursuites auxquelles cette possession seule l'exposait. Il est, du reste, évident qu'il ne pourrait se soustraire aux poursuites par cette abdication, s'il était personnellement obligé. Il est également clair que cette abdication ne peut être utilement faite par le possesseur, s'il est incapable d'aliéner. V. art. 2172.

152 *bis*. I. Quand le bénéfice de discussion ne peut être invoqué, ou quand il a été invoqué sans succès, il ne reste plus au tiers détenteur qu'à délaisser ou à subir l'expropriation.

Parlons d'abord du *délaissement*. Le Code néglige de nous en présenter la notion exacte, mais voici ce qui résulte de l'ensemble des dispositions de la loi sur cette matière. Le délaissement est certainement l'abandon de la possession de l'immeuble hypothéqué, tendant à en faciliter la vente par adjudication.

Cette première notion du délaissement suscite immédiatement une question qui est en même temps une critique. S'il faut toujours aboutir à une adjudication, quelle peut être l'utilité du délaissement? dans quel but le tiers détenteur use-t-il de cette faculté ?

Le tiers détenteur qui délaisse retire de cet abandon certains avantages. Il se décharge d'abord de l'administration de l'immeuble hypothéqué et de la responsabilité qui pourrait en être la suite. Secondement, il évite de paraître en nom dans la procédure de saisie avec la qualité de saisi. Il y est certes bien intéressé. Son crédit peut souffrir grandement d'une procédure de saisie dirigée contre lui. Pour le public, qui verra les affiches sans les lire en détail, ou qui, les lisant, ne comprendra pas la différence entre un débiteur saisi pour son compte et un tiers détenteur qui ne veut pas payer la dette hypothécaire au delà de son prix d'acquisition, la qualité de saisi paraîtra toujours une preuve d'insolvabilité; c'est le crédit du détenteur que la loi ménage, en lui permettant de délaisser, pour que l'expropriation ne soit pas poursuivie contre lui.

Un autre avantage que le détenteur trouve à ne pas jouer le rôle

de saisi, c'est qu'il pourra sans contestation prendre part à l'adjudication et se porter enchérisseur, tandis que l'article 711 du Code de procédure déclare le saisi incapable d'enchérir, et qu'on pourrait essayer de s'armer de la lettre de cet article contre le tiers détenteur.

152 *bis*. II. Nous venons de dire quel est l'effet certain du délaissement : c'est un abandon de la possession ; il faut maintenant nous fixer sur ses effets quant à la propriété du délaissant. Pothier disait : « Le délai n'est que de la possession, et n'exproprie pas celui qui l'a fait jusqu'à l'adjudication : il est toujours, jusqu'à ce temps, en son pouvoir de conserver l'héritage qu'il a délaissé, en payant les dettes pour lesquelles il est hypothéqué et tous les frais (1). »

Le Code civil ne s'est pas expliqué sur les caractères du délaissement; il y a donc lieu de penser qu'il l'a compris comme on le comprenait autrefois, qu'il lui a conservé son caractère traditionnel. On a cependant élevé contre cette décision certaines objections qu'il faut examiner. D'abord, on fait remarquer que le Code exige chez le délaissant la capacité d'aliéner, et qu'il faudrait en conclure que c'est un acte d'aliénation. Ce n'est pas certes un argument décisif, parce que le délaissement étant le commencement d'une série d'actes qui conduiront à l'aliénation, on a pu, sans le considérer comme un acte même d'aliénation, exiger que son auteur fût capable d'aliéner; c'est un acte qui tient à substituer une procédure contre le curateur à une procédure de saisie, dans laquelle le tiers détenteur jouerait un rôle; par là, le tiers détenteur se désintéressant de la procédure, ne la surveillant plus d'une manière aussi directe, compromet ses droits, puisque si l'immeuble est mal vendu, il perd la chance de trouver un excédent de prix dépassant le chiffre des créances hypothécaires. Sans donc trancher la question d'aliénation, sans voir dans le délaissement un acte qui transfère immédiatement la propriété, le législateur a pu très raisonnablement soumettre cet acte-là aux règles de capacité qui régissent l'aliénation elle-même.

152 *bis*. III. Une seconde objection est tirée de l'article 2177-1°, en vertu duquel les servitudes et droits réels que le tiers déten-

(1) *Coutumes d'Orléans*, XX, 51. — *Traité de l'hypothèque*, ch. II, sect. Ire, art. III.

teur avait sur l'immeuble avant son acquisition renaissent après le délaissement. On en conclut que le délaissant n'est plus propriétaire, car il ne pourrait pas avoir une servitude sur sa propre chose. Mais il est facile de faire remarquer que dans l'article 2177 la loi a probablement parlé du délaissement en l'envisageant avec toutes ses conséquences probables, c'est-à-dire après l'adjudication qui en est comme le couronnement. Elle a voulu dire que les servitudes revivent après l'adjudication sur délaissement, c'est-à-dire sur le curateur, et après l'adjudication faite sur le débiteur à la suite d'une saisie. Le rapprochement qui existe entre le mot délaissement et le mot adjudication montre, ce nous semble, assez bien la pensée de la loi. Nous la voyons plus claire encore dans l'article 2177, *in fine*, où le mot délaissé est placé à côté du mot adjugé et signifie certainement adjugé à la suite d'un délaissement; car l'article donne à des créanciers un droit sous une certaine condition que le délaissement seul ne peut pas réaliser, et qui ne peut apparaître qu'après l'adjudication sur délaissement. Les créanciers du délaissant exercent leurs hypothèques après ceux des précédents propriétaires; n'est-ce pas dire que le prix est connu? et pourra-t-on savoir avant l'adjudication si les créances anciennes absorbent ou n'absorbent pas la valeur de l'immeuble?

Il faut même ajouter que la loi s'est préoccupée d'une question pratique importante, et qu'elle a voulu la trancher. Pendant la période qui s'étend depuis le délaissement jusqu'à l'adjudication, la rigueur des principes conduit à refuser au délaissant le droit de faire les actes qui constituaient autrefois pour lui des actes de jouissance d'une servitude; n'ayant plus la possession de l'immeuble grevé, il ne pourrait pas en tirer un service comme il le faisait antérieurement *jure dominii*, n'étant pas encore dépouillé de la propriété de ce fonds, il ne pourrait pas agir *jure servitutis;* faudrait-il donc que pendant cette période intermédiaire, il cessât de passer, de puiser de l'eau, qu'il fît boucher une fenêtre? Cette jouissance qu'il a eue d'abord *jure servitutis*, puis *jure dominii*, qu'il recouvrera *jure servitutis* quand l'immeuble sera adjugé, sera-t-elle donc interompue? A quoi bon? La loi donne donc une décision d'équité, en autorisant le délaissant à user de la servitude; elle exprime sa pensée en termes qui ne sont peut-être pas très juridiques quand elle dit que la servitude renaît; peut-être ne re-

naît-elle qu'en apparence, pour renaître véritablement lors de l'adjudication; mais le résultat pratique est toujours le même, et c'est cela que le législateur a aperçu.

152 *bis*. IV. Une objection de la même nature s'appuie sur l'article 2178, qui donne l'action en garantie au tiers détenteur lorsqu'il a délaissé; nous y répondons d'abord comme nous avons répondu à l'article 2177, que le législateur a peut-être songé au délaissement consommé, rendu définitif par l'adjudication, et nous ajoutons que le simple trouble donne naissance à l'action en garantie, et que la nécessité de délaisser, c'est-à-dire d'abandonner la possession, constitue certainement un trouble.

152 *bis*. V. Enfin, on a allégué que le délaissant n'était pas propriétaire, puisque son nom ne figure pas dans la saisie, et que la vente est poursuivie contre le curateur. Nous répondons que c'est trancher la question par la question. Il est vrai que d'ordinaire la saisie est faite sur le propriétaire débiteur, mais l'article 2174 a spécialement décidé qu'elle se poursuivrait contre un curateur; on peut bien voir dans cette disposition une exception à la règle ordinaire des saisies (elle se justifie par les motifs sur lesquels s'appuie le délaissement), et la loi a bien pu, dans l'intérêt du crédit du tiers détenteur, admettre que tout en restant propriétaire, il ne paraîtrait pas dans la procédure d'expropriation qui serait poursuivie contre un curateur. L'article contient toujours une dérogation aux règles de la saisie, car si le délaissant n'est plus propriétaire, il faut croire que la propriété réside sur la tête de quelqu'un, le vendeur ou les créanciers hypothécaires, et ce n'est pas contre ce propriétaire que la poursuite est dirigée.

152 *bis*. VI. Il nous reste à tirer les conséquences de la doctrine que nous venons d'admettre.

La première conséquence, c'est que la perte de l'immeuble serait à la charge du délaissant, qui n'en continuerait pas moins à être tenu de payer le prix au vendeur ou à ses créanciers, s'il était un acheteur. En effet, le contrat aurait produit tous ses effets : il aurait donné à l'acheteur la propriété de la chose, et quant aux hypothèques qui étaient comme des défauts de cette chose, elles ne pourraient pas donner lieu à une action en garantie, parce qu'elles n'auraient pas nui à l'acheteur; elles n'auraient pas été cause de la destruction de l'immeuble ni du préjudice éprouvé par l'acheteur; cette perte et ce préjudice seraient le résultat d'un cas fortuit

absolument indépendant de l'existence des hypothèques; ils proviendraient d'un événement qui aurait occasionné pour l'acheteur la perte de la valeur de l'immeuble, alors même que le bien eût été libre de toute hypothèque.

152 *bis*. VII. Cette manière d'envisager les suites de la perte de la chose est démontrée exacte par l'article 2175, qui a cru nécessaire de reconnaître l'existence d'une action en indemnité contre le tiers détenteur lorsqu'il a détérioré la chose, sans prévoir le cas où celui-ci l'aurait détruite, reconnaissant ainsi que pour la destruction, c'est-à-dire pour la perte totale, il n'y a pas à distinguer si elle provient de la faute du tiers détenteur ou d'un cas fortuit.

152 *bis*. VIII. La seconde conséquence du principe que le délaissant reste propriétaire, c'est que si l'adjudication fournit une somme supérieure à celle qui est nécessaire pour désintéresser les créanciers hypothécaires, le délaissant a droit à l'excédent. Les créanciers hypothécaires ne peuvent élever aucune prétention sur cet excédent; quant au vendeur ou à ses ayant cause à titre universel, notamment à ses créanciers chirographaires, on ne voit aucune raison pour qu'ils bénéficient de cet excédent. Ce n'est pas dans leur intérêt que le délaissement a été exigé, et l'immeuble vendu. Le vendeur est garant du tort causé par l'éviction, et par conséquent il serait garant de la plus-value de l'immeuble; il ne peut donc pas se l'approprier.

152 *bis*. IX. Troisièmement, le délaissant pourrait postérieurement à ce délaissement grever l'immeuble d'hypothèques qui s'exerceraient après celles qui donnent contre lui le droit de suite. L'article 2177 admet les créanciers personnels du délaissant à exercer leur hypothèque à leur rang, et, ne précisant pas s'il s'agit des créanciers antérieurs au délaissement, il nous autorise à admettre les créanciers postérieurs, et à trouver là une preuve de la vérité du principe dont la loi montre une des conséquences dans l'article 2177.

152 *bis*. X. Enfin, il résulte de l'article 2173 que le délaissant peut, jusqu'à l'adjudication, reprendre l'immeuble en payant toute la dette et les frais. C'est une conséquence de son droit de propriété, et ici encore, en nous montrant la conséquence, la loi démontre le principe.

152 *bis*. XI. Si le délaissement n'a pas pour effet de dépouiller

le délaissant de la propriété de la chose hypothéquée, il n'a pas non plus pour résultat de dégager le tiers détenteur des liens de l'obligation qu'il a contractée quand il a acquis le bien à titre onéreux. En un mot, le délaissement ne détruit pas le contrat en vertu duquel l'immeuble a été acquis; le délaissement est un acheminement à l'adjudication aux enchères; c'est une faculté accordée au détenteur pour le soustraire aux inconvénients de la procédure de saisie; mais rien ne fait supposer dans la loi qu'il puisse être pour le détenteur un moyen de se délier d'un contrat, quand il n'est pas inquiété par des poursuites hypothécaires. Si la faculté de délaisser appartenait au détenteur, indépendamment des poursuites hypothécaires exercées, il en résulterait qu'elle constituerait une cause de résolution de la vente, potestative de la part de l'acheteur, dans ses rapports avec le vendeur, tandis que le délaissement n'apparaît dans la loi que dans les rapports entre le tiers détenteur et les créanciers hypothécaires, exerçant le droit de suite. Or, l'article 1626 donne bien une action en garantie en cas d'éviction totale ou partielle, mais nous ne voyons pas dans le titre de la Vente une disposition qui autoriserait l'acheteur à renoncer par sa seule volonté à la vente, parce qu'il découvrirait certaines charges grevant la propriété vendue. L'article 1653 suppose même le trouble résultant d'une action hypothécaire, et il en conclut simplement au droit pour l'acheteur de suspendre le paiement du prix.

152 *bis*. XII. De ce fait que le délaissement ne délie pas le détenteur de l'obligation qu'il a contractée envers le vendeur, découlent des conséquences très importantes. D'abord il en résulte qu'après le délaissement le vendeur peut contraindre le délaissant à reprendre l'immeuble et à exécuter le contrat de vente, en dégrevant le bien des hypothèques qui le frappaient; le tiers détenteur est en effet soustrait au danger qui le menaçait, le danger de subir des poursuites hypothécaires; il n'a pas subi l'éviction, et il ne peut pas, par conséquent, faire résoudre la vente en s'appuyant sur l'article 1184, car le vendeur a rempli ses obligations.

152 *bis*. XIII. Une autre conséquence à tirer du même fait, c'est que, si le prix de la vente est égal ou supérieur au chiffre des hypothèques, le tiers détenteur débiteur du prix n'aura pas le droit de délaisser; car il ne délaisserait que pour se soustraire à l'exécution de son obligation. Il en serait de même si le

prix d'acquisition étant inférieur au montant des créances hypothécaires, les créanciers s'entendaient avec le vendeur pour se contenter du prix, et dégrever l'immeuble de toutes les hypothèques qui le grevaient.

En somme, le délaissement est une manière de se soustraire aux poursuites hypothécaires : c'est comme une transformation de la procédure de saisie, une préparation à la vente par adjudication ; par suite, le droit de délaisser ne peut pas devenir pour l'acquéreur, qui n'est pas exposé à des poursuites hypothécaires, un moyen de résoudre à sa volonté le contrat qui le lie envers le vendeur et les ayant cause de celui-ci.

152 *bis*. XIV. Après avoir donné la notion du délaissement et indiqué ses effets, il faut voir quelles sont les personnes qui peuvent délaisser. L'article 2172 nous donne sur ce point une formule qui a déjà servi à déterminer les personnes qui peuvent invoquer le bénéfice de discussion. Le délaissement peut être fait par tous les tiers détenteurs qui ne sont pas personnellement obligés à la dette. Cette identité de formule doit conduire à des solutions identiques ; les personnes qui n'ont pas le bénéfice de discussion parce qu'elles ne sont pas étrangères à la dette ne pourront pas délaisser. Sur un point, toutefois, nous donnerons à la disposition de l'article 2172 plus d'étendue qu'à celle de l'article 2170. Nous ne permettrons pas à la caution de délaisser, bien que nous lui ayons accordé le bénéfice de discussion, en sa qualité de tiers détenteur. C'est pour une raison spéciale que nous avons accordé ce droit à la caution, la distinguant ainsi des débiteurs personnels; parce que le bénéfice de discussion dont elle jouit comme caution permet de ne pas la considérer comme débitrice personnelle, lorsqu'il existe des biens à discuter; mais la question de délaissement se pose alors qu'il ne s'agit plus de bénéfice de discussion ; par conséquent, il reste ce fait que la caution est obligée personnellement, et que les termes de l'article 2172 lui sont directement applicables.

152 *bis*. XV. Parmi les tiers détenteurs ayant la faculté de délaisser, nous comprendrons le propriétaire qui a hypothéqué son immeuble pour sûreté de la dette d'autrui. Il n'est pas certes obligé personnellement, il n'est tenu que *propter rem :* donc il est tenu comme *détenteur;* et la dette n'est pas sienne : donc il est *tiers*. On peut facilement interpréter la volonté qu'il a manifestée en constituant l'hypothèque comme impliquant qu'il a consenti à être

traité, par rapport à la dette, ainsi que le serait un acquéreur de l'immeuble hypothéqué dans le principe par le débiteur. Il ne détruit pas, d'ailleurs, quand il délaisse, le droit qu'il a constitué, puisqu'il ne fait pas obstacle à la vente aux enchères, qui est le dénouement naturel où tend l'action hypothécaire, et qu'il cherche seulement à rendre la procédure qui conduit à cette vente moins désagréable et moins onéreuse pour lui.

152 *bis*. XVI. Nous avons déjà dit pourquoi le délaissement ne peut être consenti que par un détenteur ayant la capacité d'aliéner l'immeuble. La règle est claire sur ce point; elle donne seulement lieu à quelques difficultés dans son application aux personnes dont les biens ne peuvent être aliénés que sous certaines formes et à certaines conditions. Il y a lieu en effet de se demander si un bien de mineur pourrait être délaissé; la difficulté naîtrait de ce que l'aliénation demande non seulement l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal, mais encore la vente aux enchères publiques. Mais il est facile de remarquer que le délaissement ne conduira jamais qu'à une adjudication en justice, et que par conséquent on aura satisfait à toutes les exigences des articles 457, 458 et 459.

De même, s'il s'agissait d'un immeuble dotal inaliénable, comme l'hypothèque serait évidemment née avant que l'immeuble fût dotal, on pourrait profiter de la disposition de l'article 1558 pour valider un délaissement.

153. De ce que l'obligation personnelle fait obstacle au délaissement, il n'en résulte pas que la reconnaissance de l'obligation faite par le détenteur en cette seule qualité, ou la condamnation qu'il subirait au même titre, le priverait de ce moyen de se soustraire aux poursuites. Cette reconnaissance, en effet, ou ce jugement, n'est que la déclaration d'une qualité qui suppose, bien loin de l'exclure, la faculté de délaisser. V. art. 2173, 1re part.

153 *bis*. I. L'article 2173 se rattache à la disposition de l'article 2172, qui ne permet pas le délaissement à un détenteur personnellement obligé à la dette; il tend à éviter l'assimilation entre un débiteur personnel et un détenteur qui a reconnu la charge hypothécaire, ou qui a été condamné en cette qualité seulement.

Ces deux faits ne modifient pas la situation du tiers détenteur et ne le constituent pas débiteur de la dette : ils ne sont pas autre chose que la constatation volontaire ou judiciaire de l'existence de l'hypothèque sur un bien appartenant à une personne qui n'est pas obligée à la dette. Or, la constatation d'un fait ne doit pas changer le caractère et les conséquences légales de ce fait.

Il reste à comprendre comment a pu survenir cette reconnaissance ou cette condamnation. La reconnaissance a probablement été consentie en vue d'interrompre la prescription de l'hypothèque. Le jugement qui n'est pas nécessaire pour l'exercice de l'action hypothécaire (art. 2169) peut aussi avoir été un mode d'interruption de la prescription, mais le plus souvent il sera intervenu à la suite d'une contestation sur l'existence de l'hypothèque ; le tiers détenteur, alléguant qu'elle n'existait pas, aura demandé la radiation de l'inscription, et le jugement aura maintenu l'inscription en décidant que l'hypothèque frappait le bien atteint par l'inscription.

153 *bis*. II. Si le jugement rendu contre le tiers détenteur ne le dépouille pas du droit de délaisser, ne faudrait-il pas attribuer cet effet à la saisie qu'un créancier aurait pratiquée sur l'immeuble possédé par le tiers détenteur? Il semblerait que le tiers détenteur qui s'est laissé saisir a opté pour l'un des divers partis entre lesquels il peut choisir ; qu'il a abandonné la faculté de délaissement, et qu'il ne peut revenir sur son choix. Envisager ainsi la question, ce serait attribuer une force exagérée à l'inertie du tiers détenteur ; quand il est saisi, c'est-à-dire quand il a laissé passer, sans prendre parti, le délai de trente jours qui suit la sommation faite en vertu de l'article 2169, il n'a cependant pas opté pour la saisie, demandé à être saisi : il est resté passif, et par suite le créancier a le droit de suivre la voie de rigueur, de recourir au moyen extrême que la loi met aux mains des créanciers ; il peut saisir, mais ce n'est pas par la volonté du détenteur qu'il a ce droit ; celui-ci subit les conséquences du droit du créancier, mais il n'a pas déclaré qu'il préférait être saisi. Il est dans la position d'un héritier qui, n'ayant pas pris parti dans les trois mois et quarante jours, peut être poursuivi sur ses biens personnels, mais n'a pas, pour cela, abdiqué le droit d'être héritier bénéficiaire, ou de renoncer. C'est au surplus ce qu'on peut tirer de l'article 2169, car il place sur la même ligne, au point de vue de l'effet que produit la sommation, le droit de payer la dette et le droit de délaisser, et

comme il n'est pas douteux qu'après la saisie le tiers détenteur peut encore payer, il ne faut pas davantage douter qu'il puisse délaisser. Cela, du reste, n'est pas de grande importance, car le délaissement, comme la saisie, doit avoir pour dernier résultat la vente de l'immeuble, et c'est là le but effectif de la poursuite hypothécaire.

154. La loi exige comme condition du délaissement la capacité d'aliéner; il n'en faut pourtant pas conclure que le délaissement constitue une aliénation proprement dite. Ce n'est toujours qu'une manière pour le détenteur de se mettre hors de cause en abandonnant l'immeuble hypothéqué aux poursuites des créanciers. Cet acte, qui n'attribue à ceux-ci aucun droit nouveau, laisse conséquemment subsister, sauf l'exercice de l'hypothèque, les droits antérieurs du délaissant. Il est évident, dès lors, que tant que l'adjudication n'en a pas fait passer la propriété à un nouvel acquéreur, le délaissant, demeuré propriétaire, peut, après comme avant, arrêter les poursuites et reprendre son bien, en désintéressant pleinement les créanciers. V. art. 2173 *in fine.*

154 *bis.* Nous avons développé par avance les idées contenues dans l'article 2173 *in fine,* quand nous avons étudié au n° 152 *bis* I-XIII les caractères et les effets du délaissement.

155. Le délaissement se fait par acte, au greffe; après quoi la vente de l'immeuble se poursuit contre un curateur. Le curateur est nommé par le tribunal, sur la pétition du plus diligent des intéressés. La vente est du reste poursuivie dans la forme des expropriations. V. art. 2174.

155 *bis.* Le curateur nommé à la suite du délaissement est donné à l'immeuble délaissé, d'où l'on doit conclure qu'il est le gardien de l'immeuble, son administrateur judiciaire, et que sa fonction ne consiste pas seulement à jouer un rôle dans la procédure d'expropriation. Cette décision ne résulte pas seulement du texte de l'article 2174, elle est en parfaite harmonie avec la théorie du délaissement. Nous l'avons dit, le délaissement est l'abandon de la possession de l'immeuble; laisser le bien sous l'administration du

délaissant, c'est se contenter d'une modification dans les caractères juridiques de la détention, tandis que l'idée de dépossession implique l'abandon matériel de la chose. On prêterait au législateur une doctrine un peu incohérente si, admettant que le délaissement est la dépossession, on laissait au délaissant la détention matérielle; car il y a un point bien certain, c'est que le délaissant, puisqu'il reste propriétaire, conserve au moins la possession juridique; s'il conservait en outre la détention matérielle, quelle possession aurait-il perdue? On en serait réduit à appeler possession le droit de jouer le rôle de saisi dans la procédure d'expropriation. On trouve, au surplus, dans l'article 2173 une indication favorable à notre sentiment, puisque cet article, songeant au tiers détenteur qui revient sur le délaissement, reconnaît qu'il reprend l'immeuble.

156. Soit que le tiers détenteur délaisse ou qu'il subisse l'expropriation, les créanciers ne doivent ni souffrir des détériorations qui lui sont imputables, ni profiter à ses dépens des améliorations. A cet égard, il est à remarquer que notre Code, jugeant le détenteur suffisamment averti par les inscriptions, n'accorde pas à sa bonne foi l'effet de les dispenser de répondre de son fait ou de sa négligence. Quant à son indemnité pour les impenses, elle se borne naturellement à la plus-value. V. art. 2175.

156 *bis*. I. Les articles dont la série commence au numéro 2175 donnent un certain nombre de règles qui sont des conséquences communes au délaissement et à l'expropriation par voie de saisie. Il faut les étudier en remarquant que dans ces différents articles, quand la loi parle du délaissement et le rapproche de l'expropriation, elle suppose ce délaissement complété et consommé par une adjudication. Sinon, tant qu'il n'est qu'un abandon de la possession, sur lequel même le détenteur peut revenir, il ne saurait avoir les conséquences définitives que nos articles vont signaler.

156 *bis*. II. La loi suppose d'abord que le détenteur a changé en bien ou en mal l'état de l'immeuble, qu'il l'a amélioré, ou qu'il lui a fait subir des détériorations.

La règle de l'article est que le tiers détenteur doit indemnité des

détériorations et qu'il peut se faire rendre le montant de la plus value résultant des améliorations.

La disposition qui concerne les détériorations, et qui rend le tiers détenteur responsable de son simple fait et de sa négligence, découle de ce que l'hypothèque étant annoncée au public, le tiers détenteur a dû ménager les droits des créanciers et ne pas se considérer comme absolument libre de ses actions relativement à la chose. Pothier admettait dans l'ancien droit que le tiers détenteur n'était pas tenu des dégradations qu'il a fait subir à l'immeuble avant la demande du créancier hypothécaire, car il a pu négliger un héritage qui lui appartenait et le dégrader (1). Cette doctrine était la conséquence du caractère occulte des hypothèques, et la règle du Code civil est au contraire en parfaite harmonie avec le principe de la publicité qui est la base de ses dispositions en matière hypothécaire.

156 *bis.* III. Quant à la créance du tiers détenteur à propos des améliorations, elle ressemble, dans son principe, à celle d'un architecte ou d'un entrepreneur; elle résulte de ce que les créanciers ne peuvent pas s'enrichir aux dépens du tiers détenteur. Seulement elle n'est pas privilégiée; mais nous avons déjà admis qu'elle serait garantie par un droit de rétention, parce que, lorsqu'un droit a pour corrélatif une obligation, ce droit ne peut être exercé sans que l'obligation soit exécutée. L'exercice du droit du tiers détenteur ne serait pas subordonné à la rédaction des procès-verbaux exigés par l'article 2103, car cet article n'est pas fait pour cette hypothèse, mais le détenteur, chargé de prouver son droit, aurait avantage à les avoir fait rédiger, car sa preuve serait infiniment plus facile.

156 *bis.* IV. L'article a négligé de dire à quelle époque devait être appréciée la plus-value résultant des travaux. Des auteurs ont pensé que l'époque à laquelle il fallait se reporter était celle de l'adjudication qui suit la saisie ou le délaissement. C'est le moment, il est vrai, où l'immeuble se transforme en argent et où les créanciers bénéficient de la plus-value donnée par le tiers détenteur. Mais nous ne croyons pas qu'il faille se placer à ce moment. En effet, il pourrait arriver que la plus-value se perdît dans l'intervalle qui sépare le délaissement ou la saisie de l'adjudication. Il ne

(1) V. *Traité de l'hypothèque*, ch. II, sect. 1re, art. III.

faut pas que les lenteurs de la procédure nuisent au tiers détenteur; elles seront peut-être dues à la négligence du curateur, aux contestations élevées par les créanciers, au peu de diligence que les créanciers auront mis à poursuivre le curateur; il serait injuste qu'un accident survenu, qui détruirait, par exemple, des constructions, nuisît au détenteur; nous pensons donc que sa créance d'indemnité naît quand le délaissement ou la saisie met l'immeuble à la disposition des créanciers et nécessite une procédure tendant à l'adjudication.

156 *bis*. V. Le règlement de ces comptes entre le détenteur et les créanciers hypothécaires, à l'occasion des dégradations et des améliorations, n'aura lieu ordinairement qu'après l'adjudication qui suit le délaissement ou la saisie, et c'est pour cela que nous comprenons l'article 2175 dans le groupe de ceux qui règlent les effets de ces adjudications. Cependant il nous faut faire observer qu'en ce qui concerne les détériorations, l'article pourrait produire ses effets avant ces adjudications. Les créanciers hypothécaires dont le gage aurait été amoindri pourraient ne pas attendre qu'il leur plût de faire vendre l'immeuble ou qu'ils en eussent le droit pour demander l'indemnité qui leur est due. Seraient-ils obligés de laisser le tiers détenteur devenir insolvable, s'ils étaient créanciers à terme et ne pouvaient pas encore agir, ou bien si, ayant des droits exigibles, ils trouvaient le moment défavorable pour provoquer la vente de l'immeuble? L'indemnité obtenue serait certainement une valeur à distribuer aux créanciers hypothécaires d'après leur rang, car elle représente la dépréciation subie par l'immeuble qui est leur gage hypothécaire; si elle revenait à des créanciers conditionnels ou à terme, elle devrait être consignée pour leur être plus tard attribuée, lorsque leur créance serait devenue exigible.

157. Le droit de suite, attaché à la seule existence de l'inscription (art. 2166, 2167), s'applique aux fruits produits par le fonds, depuis l'aliénation, comme au fonds lui-même. Toutefois le détenteur réputé jusque-là de bonne foi n'est obligé de les rendre que du jour de la sommation qui doit lui être faite aux termes de l'article 2169. Bien plus, cette sommation tomberait, sous ce rapport, en péremption, par le seul fait de l'abandon des poursuites pendant trois ans; et le détenteur

alors ne devrait les fruits qu'à partir d'une nouvelle sommation. V. art. 2176.

157 *bis*. I. Le délaissement et la saisie laissent à régler l'attribution des fruits de l'immeuble. Au cas de délaissement, il résulte de ce que nous avons déjà dit que le détenteur ne peut élever aucune prétention sur les fruits depuis le jour même du délaissement, puisqu'il a perdu de ce jour la possession et même l'administration de la chose. Pour le cas de saisie les articles 682 et 685 du Code de procédure déclarent les fruits immobilisés, pour être distribués par ordre d'hypothèque, à partir de la transcription de la saisie; mais le Code civil fait remonter plus haut que le délaissement et que la transcription de la saisie le droit des créanciers sur les fruits. Ce droit remonte au jour de la sommation faite au tiers détenteur en vertu de l'article 2169. Dès ce jour, le tiers détenteur a dû se considérer comme comptable envers les créanciers, et à raison de cela, il est traité par la loi comme un possesseur de mauvaise foi. Il faut du reste remarquer que les articles 682 et 685 du Code de procédure, postérieurs en date à l'article 2176, n'ont pas détruit, en ce qui concerne le cas de saisie, la force de ce dernier article. Les hypothèses ne sont pas exactement les mêmes; dans le Code de procédure, la poursuite est supposée dirigée contre un débiteur; dans le Code civil, elle est dirigée contre un tiers détenteur, et il suffit de cette différence dans les faits pour qu'on soit autorisé à maintenir la règle spéciale malgré l'existence d'une règle générale postérieure.

157 *bis*. II. La sommation de payer ou de délaisser, qui oblige le détenteur à tenir compte des fruits, n'est pas un acte de procédure judiciaire : elle ne fait pas partie d'une instance; elle n'est pas soumise aux règles du Code de procédure sur la péremption d'instance (1). Mais l'article 2176 applique à cette sommation un principe analogue à celui qui règle les instances. La sommation perdra ses effets si elle n'est pas suivie de poursuites hypothécaires pendant trois ans. Le délai est le même que celui de la péremption proprement dite; mais les règles ne sont pas identiques, car il résulte clairement du texte de l'article que cette sorte de péremption opère de plein droit et sans demande par le seul effet du laps

(1) V. Boitard, Colmet-Daâge et Glasson, *Procédure civile*, t. I, p. 620, édition de 1885.

de temps, tandis que la péremption d'instance n'est acquise qu'autant qu'elle a été demandée par la partie intéressée. (Art. 399, 400, C. pr.)

158. Le détenteur évincé par l'effet des poursuites hypothécaires est réputé, sous certains rapports, n'avoir jamais été propriétaire. Il est naturel, dès lors, que les droits réels qu'il avait sur l'immeuble avant de l'acquérir et que la confusion avait éteints, renaissent après l'éviction. V. art. 2177, al. 1.

158 *bis*. I. Le délaissement et la saisie suivis d'une adjudication produisent des effets par rapport aux droits réels qui appartenaient au tiers détenteur sur l'immeuble avant son acquisition et par rapport à ceux qui sont nés de son chef.

Examinons d'abord ce qui concerne les droits réels appartenant au tiers détenteur. Il avait sur le fonds avant son acquisition une servitude, un droit d'usufruit, une hypothèque. Tous ces droits ont été éteints lorsqu'il est devenu propriétaire de l'immeuble; il s'est produit soit une consolidation, soit une confusion. Mais survenant un délaissement ou une saisie et une adjudication, la réunion des deux droits incompatibles cesse, et l'article 2176 fait revivre les droits éteints, à peu près comme ils revivent quand l'acquisition est résolue.

Nous n'expliquerons pas toutefois la résurrection des droits du tiers détenteur par la règle qui régit les résolutions : nous ne considérons pas le tiers détenteur comme propriétaire sous condition résolutoire; nous l'avons dit, le délaissement n'est pas une abdication de la propriété. Quant à la saisie, elle n'opère jamais résolution du droit du saisi : elle n'a pas d'effet rétroactif. Nous verrons bien, du reste, que la propriété du tiers détenteur n'est pas résolue, puisque l'article que nous expliquons, dans sa dernière disposition, reconnaît les droits de ses créanciers, droits qui devraient être absolument anéantis dans l'hypothèse d'une résolution rétroactive.

C'est même parce que la loi ne voyait pas dans le tiers détenteur un propriétaire sous condition résolutoire que la disposition première de l'article 2177 était nécessaire, attendu qu'elle ne découle pas des principes généraux. Elle s'explique par des raisons spéciales. La loi n'a pas voulu faire au tiers détenteur la même

situation qu'à un propriétaire qui aliène volontairement sa chose. Quand celui-ci a perdu des droits par son acquisition, il ne les recouvre pas lorsqu'il aliène, parce qu'il est maître de ne pas aliéner ou au moins d'imposer à son acquéreur la restauration de ses droits éteints. Mais le tiers détenteur ne s'est pas dépouillé volontairement, il n'a pas dicté les conditions de la vente qui le dépouille, et d'un autre côté il est possible qu'il n'eût pas acquis la propriété en sacrifiant ses droits réels préexistants, s'il avait su que plus tard il serait dépouillé à la fois de la propriété et des droits qu'il avait perdus en acquérant cette propriété.

A cette considération se joint celle-ci qu'on peut envisager comme une véritable raison de droit. L'extinction des droits qui grevaient l'immeuble lorsque le tiers détenteur l'a acquis est certainement une amélioration de cet immeuble, quand on l'envisage au point de vue juridique et à celui de sa valeur vénale; cette amélioration s'est produite aux dépens du tiers détenteur, donc celui-ci a droit à une indemnité (art. 2177). Le Code trouve plus simple de faire revivre les droits que de rechercher quelle plus-value leur suppression pouvait donner à l'immeuble. Voilà la raison de l'article 2177.

158 *bis*. II. La règle exprimée par l'article 2177, 1er alinéa, paraît devoir s'appliquer naturellement à une hypothèse que la loi n'a pas prévue, mais qui, renversant les situations, met en jeu les mêmes intérêts et les mêmes droits. Il faut supposer que le tiers détenteur était, avant son acquisition, propriétaire d'un fonds, voisin du fonds hypothéqué, et qui était grevé de servitude au profit du fonds hypothéqué. La réunion des deux propriétés dans les mêmes mains a éteint par confusion la servitude appartenant au fonds hypothéqué; cette servitude revivra quand les deux propriétés se trouveront de nouveau divisées par une adjudication à la suite d'un délaissement ou d'une saisie.

Cette décision s'impose comme étant la réciproque de celle qu'a donnée l'article 2177; mais en l'absence de texte il faut lui chercher une base juridique. Cette base ne manquerait pas si nous considérions la propriété du tiers détenteur comme subissant une résolution; mais nous sommes obligé de la trouver ailleurs. Nous la voyons dans cette règle de droit en vertu de laquelle les droits nés du chef du tiers détenteur ne peuvent pas être opposés aux créanciers hypothécaires qui ont régulièrement conservé leurs hypothèques. Or, l'extinction de la servitude par la confusion

n'est, en réalité, que la renonciation faite par l'acquéreur au droit de servitude appartenant au fonds acquis sur le fonds voisin : c'est un abandon d'un droit qui est une qualité du fonds dominant; si le tiers détenteur ne peut pas, par des renonciations expresses, nuire aux hypothèques inscrites, il est tout simple qu'il ne puisse pas davantage leur causer préjudice par une renonciation qui est la conséquence légale de son acquisition. Nous dirons de plus que si la servitude ne revivait pas, le tiers détenteur, propriétaire de l'héritage autrefois servant, bénéficierait de son extinction, c'est-à-dire de la détérioration de l'immeuble hypothéqué. Cette détérioration proviendrait d'un fait qui ne lui est pas reprochable, mais qui doit au moins donner lieu à une indemnité dans les limites de l'enrichissement qu'il a produit pour le tiers détenteur (art. 2175), et cette indemnité ne saurait être mieux représentée que par la résurrection de la servitude que la confusion avait éteinte.

159. Mais la résolution de son titre n'ayant pour cause que le droit antérieur des créanciers hypothécaires, il est juste que, sauf l'exercice de ce droit, la propriété qu'il a réellement eue jusqu'à l'adjudication conserve d'ailleurs tous ses effets. Si donc il avait lui-même hypothéqué l'immeuble, ses créanciers personnels pourraient, après tous ceux qui sont inscrits sur les précédents propriétaires, se faire colloquer à leur rang sur le prix de l'adjudication. V. art. 2177, al. dern.

159 *bis*. I. La première partie de l'article parlait des droits que l'acquisition faite par le tiers détenteur avait éteints. Il y en a d'autres, au contraire, qui doivent leur naissance à cette acquisition; le second alinéa de l'article s'en occupe.

Le détenteur a été propriétaire; nous n'admettons même pas, comme M. Demante, que son droit soit résolu; par conséquent, il peut exister de son chef des droits réels sur l'immeuble, mais ces droits doivent nécessairement être primés par ceux que les créanciers hypothécaires ont régulièrement conservés sur l'immeuble. Dans le système du Code civil, il fallait que les créanciers du précédent propriétaire eussent été inscrits avant l'acte d'aliénation; aujourd'hui il faut qu'ils l'aient été avant la transcription de cet acte. C'est en tenant compte de cette dernière règle qu'il faut appliquer l'article 2177, qui fait passer avant les créanciers per-

sonnels du tiers détenteur les créanciers inscrits sur les précédents propriétaires.

159 *bis*. II. Ce ne sont pas seulement les créanciers hypothécaires du tiers détenteur qui auront droit sur le prix de l'immeuble après les créanciers inscrits sur les précédents propriétaires. Le tiers détenteur lui-même serait préféré à tous autres, sur les sommes produites par la vente, après le paiement des créanciers hypothécaires des précédents propriétaires. L'immeuble était sa propriété; le prix lui appartient, sauf son affectation aux créanciers inscrits. Qui pourrait le lui disputer? serait-ce le vendeur, garant envers lui de l'éviction et qui devrait lui rendre, à raison de cette garantie, ce qu'il chercherait à percevoir sur l'excédent du prix? serait-ce un aliénateur qui ne serait pas garant, comme un donateur? Le fait qu'il n'est pas garant ne détruit pas les conséquences de la donation, c'est-à-dire la translation de propriété; donc le prix de la vente n'appartient pas à cet aliénateur. Seraient-ce les créanciers chirographaires du vendeur ou du donateur? Ayant cause à titre universel de leur débiteur, ils ne peuvent avoir plus de droits que lui.

Si le tiers détenteur a droit à l'excédent du prix de vente quand les créanciers hypothécaires sont payés, ses créanciers chirographaires ont incontestablement le même droit que lui.

160. Il est bien entendu que le tiers détenteur, soit qu'il paye pour se dispenser de délaisser, soit qu'il délaisse ou subisse l'expropriation, ne peut manquer d'avoir son recours contre le débiteur principal; l'étendue de ce recours doit au surplus varier suivant que ce débiteur est ou n'est point l'auteur du détenteur, ou, s'il est son auteur, suivant que la transmission a eu lieu à titre gratuit ou onéreux. V. art. 2178; v. à ce sujet art. 1251, 874, 611 (nonobstant art. 1020); v. aussi art. 1626 et suiv.

160 *bis*. L'exercice de l'action hypothécaire, qui a contraint le tiers détenteur à payer la dette ou qui l'a privé du résultat de son acquisition, donne lieu à un double recours que l'article 2178 ne distingue pas assez nettement. Il suppose, ce qui arrive souvent, que le débiteur de la dette est en même temps l'auteur de qui le tiers détenteur tient ses droits; alors les deux recours se con-

fondent. Le précédent propriétaire est tenu envers le tiers détenteur, comme auteur si le contrat qu'il a fait avec celui-ci l'oblige à la garantie, et en même temps comme débiteur personnel. Mais le contraire est possible; alors il faut distinguer les deux recours.

Contre le débiteur, le détenteur a un recours pour tout ce qui a été payé aux créanciers, soit qu'il y ait eu paiement proprement dit effectué par ce tiers détenteur, soit que les créanciers aient été désintéressés sur le prix d'adjudication de l'immeuble. Dans ce cas, le recours ne peut s'exercer que jusqu'à concurrence des sommes payées, et il appartient au tiers, à quelque titre qu'il ait acquis, fût-ce à titre de donation; car il ne s'agit pas d'une action en garantie, mais d'un recours contre un débiteur libéré aux dépens d'une autre personne. Ce recours, au surplus, sera d'autant plus efficace qu'il s'exercera avec subrogation dans les droits du créancier (art. 1251-3°).

Contre l'auteur du tiers détenteur, il existera un autre recours, conformément aux règles sur l'obligation de garantie, c'est-à-dire que le tiers acquéreur ne l'aura pas ordinairement s'il a acquis à titre gratuit. Quand le titre donnera à l'acquéreur droit à la garantie, celui-ci pourra demander une somme supérieure à celle que les créanciers auront reçue, parce que l'action en garantie comprend une action en dommages et intérêts.

161. Tout ce que nous avons dit de l'effet des privilèges et hypothèques, contre les tiers détenteurs, ne s'applique, comme on l'a annoncé d'abord, qu'à ceux qui ne purgent pas. Les formalités de la purge sont réglées au chap. VIII. V. art. 2179.

CHAPITRE VII.

DE L'EXTINCTION DES PRIVILÈGES ET HYPOTHÈQUES.

162. Le Code indique quatre manières d'éteindre les privilèges et hypothèques :

1° L'extinction de la créance dont le privilège ou l'hypo-

thèque n'était que l'accessoire. V. art. 2180-1°; v. pourtant art. 1250, 1251, 1278; v. au surplus art. 1279 et 1820;

2° La renonciation du créancier. V. art. 2180-2°;

3° L'accomplissement, par un tiers détenteur, des formalités et conditions requises pour purger (chapitres VIII et IX). V. art. 2180-3°;

4° La prescription. V. art. 2180-4°.

162 *bis*. I. Il faut examiner successivement les divers modes d'extinction de l'hypothèque compris dans l'énumération de la loi, sauf à compléter plus tard cette énumération.

1° *Extinction de l'obligation principale*. L'hypothèque étant un droit accessoire ne peut pas survivre au droit principal. Voilà l'idée théorique. En l'examinant du côté pratique, la décision de la loi n'est pas moins justifiable; à quoi servirait l'hypothèque si elle ne garantissait pas l'exécution d'une obligation, et quelle autre obligation peut-elle garantir que celle à laquelle elle a été attachée?

Il y a des cas, toutefois, où l'hypothèque survit à l'obligation : le cas de novation, quand le créancier a expressément réservé le maintien de l'hypothèque (art. 1278), et le cas de compensation légale ignorée à juste titre par l'une des parties, qui a payé sa dette éteinte par compensation, et qui conserve son ancienne hypothèque rattachée par la loi à l'action en répétition de l'indu (art. 1299) (1).

Dans une certaine théorie, le cas de subrogation présenterait encore une exception à l'article 2180, car on considère la dette comme éteinte par le paiement, et la créance du subrogé comme une nouvelle créance. Nous pensons que la subrogation est une variété de la cession de créances, et dès lors elle n'a pas le caractère d'une exception aux règles sur l'extinction des hypothèques par l'extinction de l'obligation principale (2).

162 *bis*. II. Il est une autre hypothèse qui soulève une difficulté. La dette a été éteinte par une *dation en paiement*, c'est-à-dire que le créancier a consenti à recevoir autre chose que la chose due. Si la chose donnée en paiement n'appartenait pas à celui qui l'a

(1) T. V, n° 251 *bis*, II.
(2) V. t. V, n° 189 *bis*, II-VI.

donnée, on peut hésiter sur le sort de l'hypothèque qui garantissait la créance primitive. Tout dépend de la nature que l'on assigne à la dation en paiement. Si l'on considère cette convention comme les Romains considéraient l'échange, si l'opération n'existe que par la translation de propriété de la chose donnée en paiement, il est clair que la dette qu'on a voulu éteindre n'est pas éteinte quand la chose donnée est chose d'autrui : le consentement du créancier à l'extinction de la dette est sans cause; donc il est nul. L'hypothèque alors n'est pas éteinte, elle a seulement, dans la plupart des cas, perdu son rang, parce que l'inscription a dû être rayée à la suite de la dation en paiement.

Si l'on voit, au contraire, dans la dation en paiement une nouvelle opération substituée à celle qui avait produit la première dette, on trouve qu'il s'est fait une sorte de novation remplaçant l'ancienne obligation par une obligation de garantie, et l'hypothèque ne peut plus être attachée à cette nouvelle obligation. Ce point de vue paraît être celui du Code civil; car d'après l'article 2038, où la question est examinée relativement au cautionnement, le droit accessoire qui résulte de ce contrat périt par l'effet de la dation en paiement, alors même que le créancier est évincé de la chose qu'il avait reçue.

162 *bis*. III. 2° *Renonciation du créancier à l'hypothèque*. — C'est un acte de la volonté du créancier qui peut être exprès ou tacite, sauf lorsqu'il s'agit de la renonciation de la femme mariée à son hypothèque légale (art. 9, loi de 1855).

La renonciation tacite apparaîtra dans des circonstances que les juges apprécieront, puisque c'est là une question d'intention. Mais il faut se garder de poser en principe qu'elle résulterait du simple consentement donné par le créancier à la vente de l'immeuble. C'est un point qui a été traité par l'article 621, quand il s'agit du concours d'un usufruitier à la vente du fonds; il est raisonnable de penser que le Code civil admet la même doctrine en matière de renonciation à l'hypothèque. Il serait dangereux d'attacher des conséquences graves à la simple présence du créancier dans un acte, alors qu'il a pu ne pas apercevoir ces conséquences sur lesquelles la rédaction de l'acte ne lui donnait aucune indication.

163. Observons que la prescription n'est une manière d'éteindre le privilège ou l'hypothèque, distincte de l'extinc-

tion de l'obligation principale, qu'autant que le bien affecté est entre les mains d'un tiers détenteur. Tant qu'il est entre les mains du débiteur, le privilège et l'hypothèque se conservent aussi longtemps que la créance; et la loi, fidèle à son principe, ne veut plus que la durée du droit accessoire se prolonge après l'expiration du temps fixé par la prescription de l'action personnelle. V. art. 2180, al. 6.

163 *bis.* 3° *Prescription.* — Les règles sur la prescription diffèrent selon que l'immeuble est possédé par le débiteur ou par un tiers détenteur.

Quand l'immeuble est possédé par le débiteur, il n'y a pas de prescription de l'hypothèque : ce droit n'est considéré que comme accessoire; il ne s'éteint que si l'obligation principale s'éteint, et il s'éteint toutes les fois que cette obligation s'éteint. C'est la conséquence de la règle posée tout au commencement de l'art. 2180, et partant il n'était guère utile de s'exprimer sur ce point, si ce n'est pour bien marquer la distinction des deux hypothèses qu'envisage l'article 2180-4° et pour abroger une règle ancienne qui donnait à l'hypothèque une durée de quarante ans lorsque le bien était possédé par le débiteur; d'où il résultait que l'hypothèque survivait à la créance éteinte par la prescription de trente ans, et qu'elle ne garantissait plus que l'obligation naturelle qui continue à lier le débiteur libéré uniquement par la prescription (1).

164. Quant au tiers détenteur, il prescrit contre le créancier par un laps de temps égal à celui par lequel il prescrirait contre le véritable maître, s'il avait acquis *a non domino;* par conséquent par dix et vingt ans, s'il a titre et bonne foi (art. 2265), ou, en tout cas, par trente ans (art. 2262). Mais en exigeant pour la prescription de l'hypothèque un laps de temps égal à celui qui est réglé pour la prescription de la propriété, la loi n'a pas entendu subordonner l'une des deux prescriptions à l'accomplissement de l'autre. Elles peuvent même ne pas courir du même jour. Ainsi, quoique la prescription de la propriété par dix et vingt ans coure en général de la

(1) V. Pothier, *Traité de l'hypothèque,* ch. III, § VI.

date du titre qui fixe l'entrée en possession, la même prescription appliquée à l'hypothèque ne court que du jour de la transcription; cette transcription alors est nécessaire pour donner à la possession de l'acquéreur la publicité suffisante à l'égard des créanciers. V. art. 2180, al. 7.

164 *bis*. I. Quand l'immeuble est possédé par un tiers détenteur, l'hypothèque peut être l'objet d'une prescription spéciale. Mais il faut encore remarquer que la prescription de la créance éteindrait toujours l'hypothèque aux termes de l'article 2180-1°, parce que l'hypothèque ne peut pas subsister sans la créance qu'elle garantit.

Ce n'est pas là l'hypothèse dont s'occupe l'article 2180 dans le paragraphe qu'il consacre à la prescription de l'hypothèque accomplie au profit du tiers détenteur. Il suppose que le droit principal, la créance, subsiste, et que néanmoins l'hypothèque est soumise à une prescription particulière dont il indique les conditions.

Nous pouvons traduire de la manière suivante la disposition de l'article : La liberté de l'immeuble se prescrit comme s'en prescrirait la propriété, c'est-à-dire tantôt par trente ans de possession sans autre condition, tantôt par dix ou vingt ans avec juste titre et bonne foi, et en prenant dans ce dernier cas pour point de départ le moment où le titre a été transcrit.

Dans la paraphrase que nous venons de faire de la disposition de la loi, nous avons, pour éviter une confusion grave, changé une des expressions importantes de l'article. Les mots : *elle est acquise par le temps réglé pour la prescription de la propriété à son profit* pourraient faire croire que la prescription de la liberté du fonds se confond avec la prescription de la propriété, que l'une et l'autre s'accomplissent ensemble, commençant et finissant aux mêmes époques; la loi démontre qu'il n'en est point ainsi, car elle fixe un point de départ à la prescription de l'hypothèque, quand le tiers est de bonne foi, qui n'est pas celui de la prescription de la propriété : l'une court du jour de la transcription, l'autre du jour de l'entrée en possession.

Il serait d'ailleurs peu rationnel de faire dépendre l'accomplissement de la prescription de l'hypothèque de conditions relatives à la prescription de la propriété, par exemple de retarder la prescription de l'hypothèque quand le créancier est majeur, parce que le

propriétaire est mineur, ou de tenir compte d'un acte interruptif émané du propriétaire, quand le créancier n'aurait pas essayé d'interrompre la prescription.

Enfin, s'il faut encore ajouter à la démonstration, comment comprendre la liaison intime des deux prescriptions, puisque bien souvent le détenteur n'a pas besoin de prescrire la propriété, parce qu'il a acheté *à domino?* Faudrait-il donc, dans ces hypothèses, refuser au tiers détenteur le droit de prescrire l'extinction de l'hypothèque ?

Il faut donc admettre une prescription de l'hypothèque indépendante de la prescription de la propriété. Le texte de l'article est clair; il ne dit pas que la liberté du fonds se prescrit en même temps que la propriété, mais que cette prescription s'accomplit par le temps requis pour la prescription de la propriété, c'est-à-dire par le même nombre d'années. C'est ainsi que l'article 789 a parlé de la prescription du droit de répudier ou d'accepter une succession en se servant d'une périphrase au lieu d'un chiffre pour indiquer la durée de la prescription, probablement parce qu'il ne voulait pas préjuger les chiffres que la loi sur la prescription déterminerait plus tard. Dans cet article, il est certain que le renvoi porte uniquement sur le délai et n'implique aucunement l'unité de la prescription dont il s'agit et de la prescription acquisitive. Ainsi en est-il dans l'article 2180.

164 *bis*. II. Nous avons dit de la prescription qui nous occupe, qu'elle est une prescription de la liberté du fonds; ce qui veut dire prescription acquisitive de la liberté. Cette qualification a une importance considérable : elle repousse l'idée que cette prescription serait extinctive d'une charge, une variété de la prescription libératoire, qui est extinctive d'une dette. Ce n'est pas le point de vue du Code civil; il voit là une acquisition d'un complément de la propriété : cette propriété n'était pas entière; elle se complète quand l'immeuble est dégrevé. Le Code sur ce point s'inspire de Pothier, qui écrit : le tiers détenteur *acquiert la libération de l'hypothèque* (1). La loi montre du reste sa pensée par les conditions auxquelles elle soumet cette prescription. Ce n'est pas par l'expiration d'un simple laps de temps qu'elle s'accomplit, c'est par un temps de possession, et la condition de possession n'est exigée

(1) V. Pothier, *Traité de l'hypothèque*, ch. III, § VI.

qu'en matière de prescription acquisitive. Bien plus, dans l'une des hypothèses prévues par l'article, la prescription suppose un titre : il s'agit de la prescription par dix ou vingt ans, qui est exclusivement une prescription à fin d'acquérir. Jamais la prescription libératoire n'est appuyée sur un titre, c'est-à-dire sur un fait de nature à engendrer des droits.

164 *bis*. III. La nature de la prescription de l'hypothèque la rapproche donc de la prescription acquisitive; néanmoins il ne suffira pas de renvoyer aux règles générales sur la prescription à fin d'acquérir, parce qu'il faut nécessairement tenir compte de ce fait que cette prescription spéciale est dirigée contre le créancier hypothécaire et non contre le propriétaire de l'immeuble : ce qui doit produire certains résultats dans l'application des règles de la prescription, en tant qu'elles ont un caractère relatif, c'est-à-dire qu'elles concernent la personne contre qui la prescription s'accomplit.

Nous l'avons déjà montré, en ce qui touche les suspensions de prescription, il faudra examiner leurs causes en considérant la personne du créancier, et non pas celle du propriétaire. La règle sur les suspensions est établie pour la protection de certaines personnes; elle est donc essentiellement relative.

Il en sera de même des règles sur l'interruption civile de la prescription. Les actes qui constituent cette interruption sont accomplis par une personne dans son intérêt, ils ne peuvent avoir d'effet que par rapport à elle; par conséquent, l'interruption opérée par un acte du vrai propriétaire ne produira pas d'effet par rapport au créancier hypothécaire.

164 *bis*. IV. C'est surtout quant à la prescription par dix ou vingt ans qu'il faudra tenir compte de l'observation que nous venons de faire, parce qu'une grande partie des règles qui régissent cette prescription ont un caractère relatif. Il en est cependant qui ont un caractère absolu ; nous allons d'abord les examiner.

Cette prescription suppose la possession, c'est-à-dire la détention *animo domini*. C'est une condition qui n'a rien de relatif. De même que la propriété est un droit *erga omnes*, de même la possession à titre de maître, qui en est l'image, doit se produire à l'égard de tous, on ne peut pas avoir l'*animus domini* à l'égard d'une personne et ne pas l'avoir à l'égard de tous; de même que la détention physique, l'autre élément de la possession existe à l'égard

de tous ou n'existe pas. Il est donc de l'essence de la condition de possession d'être une condition absolue, la même par rapport au créancier hypothécaire que par rapport au véritable propriétaire.

164 *bis*. V. Nous dirons la même chose du titre. La prescription de dix ou vingt ans exige un titre; l'article 2180 ne laisse pas de doute sur ce point en matière hypothécaire, et ce titre ne peut pas être autre chose que ce qu'il est d'après l'article 2265 complété par l'article 550 : un titre translatif de propriété dont le possesseur ignore les vices. Il est impossible de comprendre comment ce titre serait différent au point de vue de l'hypothèque et au point de vue de la propriété. Il ne faut pas oublier que le titre dont parlent les deux articles 2265 et 550 n'est pas un écrit, mais un fait juridique de nature à engendrer un droit; comment dès lors comprendre qu'un tel titre s'applique à l'hypothèque dans le cas qui nous occupe, puisque l'hypothèque est envisagée dans un sens négatif; qu'il ne s'agit pas de son existence, mais de son inexistence, et qu'il n'y a pas à supposer un fait générateur de droit à l'occasion d'un droit qu'on prétend ne pas exister? Puisque la loi exige la possession, qui, nous l'avons démontré, n'est pas autre chose que la possession à fin d'acquérir la propriété, il est tout simple qu'elle demande que cette possession soit appuyée sur le fait qui, au point de vue de l'acquisition de la propriété, permet d'abréger le délai de prescription.

La loi, du reste, qui est entraînée par la logique, est également déterminée par une considération pratique. Si le détenteur n'avait pas de titre, il ne pourrait pas, quelle que fût sa bonne foi relativement à l'hypothèque, se plaindre d'être exposé après dix ans à l'action hypothécaire, puisqu'il pourrait subir une éviction bien plus grave par l'effet de l'action en revendication.

164 *bis*. VI. A propos de ce titre, nous trouvons une règle spéciale. La prescription de dix ou vingt ans contre le créancier hypothécaire ne commence pas, comme la prescription de la propriété, au jour de la prise de possession; elle ne part que du jour de la transcription du titre. C'est là une règle arbitraire, inspirée par cette idée que les créanciers ont besoin d'être prévenus quand l'immeuble a changé de propriétaire; jusqu'à cet avertissement, ils peuvent, à raison des dispositions mêmes de l'article 2180-4°, croire qu'il suffit pour eux de conserver la créance, qu'ils n'ont pas à craindre une prescription particulière de l'hypothèque. Il faut qu'ils aient connaissance de la mutation.

164 *bis*. VII. Les autres conditions auxquelles est soumise la prescription par dix ou vingt ans ont un caractère relatif.

D'abord la *bonne foi*. C'est la croyance erronée de celui qui prescrit sur l'existence du droit contre lequel il prescrit. Quand il s'agit d'acquérir la propriété, c'est la croyance que le titre émane du véritable propriétaire. Quand il s'agit de prescrire l'extinction de l'hypothèque, c'est-à-dire d'acquérir le fonds libre d'hypothèque, la prescription a lieu contre le créancier hypothécaire, et la bonne foi doit consister dans la croyance erronée que l'hypothèque n'existe pas. Comme l'article 2180 n'entre pas dans des détails sur ce point, qu'il ne précise pas sur quoi doit porter l'erreur du détenteur; comme d'un autre côté on peut concevoir une erreur sur l'hypothèque et une erreur sur la propriété, il faut entendre l'article rationnellement et croire que la bonne foi doit exister quant à l'hypothèque; on suivra ainsi la doctrine de Pothier, qui, parlant de la prescription par dix ou vingt ans, avec titre et bonne foi, dit que le tiers acquéreur qui n'a pas eu connaissance de l'hypothèque par son titre d'acquisition ni d'ailleurs, et a possédé l'héritage comme franc, acquiert la libération de l'hypothèque par dix ans (1).

164 *bis*. VIII. L'erreur sur l'existence de l'hypothèque, constituant la bonne foi par rapport au droit contre lequel prescrit le tiers détenteur, est donc une condition de la prescription; mais cette erreur ne suffit pas : il faut que le tiers détenteur soit en même temps de bonne foi quant à la propriété, qu'il croie avoir reçu la chose du vrai propriétaire. Puisque l'article 2180 exige un titre qui ne peut être, nous l'avons dit, qu'un titre d'acquisition de la propriété, c'est qu'elle entend ne protéger l'acquisition de la propriété franche qu'en faveur de celui qui a cru acquérir la propriété. La prescription de l'hypothèque se greffe en quelque sorte sur la prescription de la propriété; mais pour qu'il en soit ainsi, il faut que cette dernière prescription ait paru possible. Il n'est pas nécessaire, en effet, de protéger contre l'action hypothécaire, après dix ans de possession, celui qui, n'ayant pas de titre d'acquisition, a dû savoir qu'il était pendant trente ans sous le coup d'une action en revendication.

(1) V. Pothier, *Traité de l'hypothèque*, ch. III, § VI. C. Riom, 12 janvier 1882. Sirey, 1884. 2. 81.

164 *bis*. IX. La bonne foi doit exister au commencement, c'est-à-dire au moment de l'acquisition (art. 2269), et nous devons remarquer que la bonne foi quant à l'hypothèque pourra être alléguée malgré l'existence d'une inscription hypothécaire. Le tiers détenteur a pu ne pas se renseigner sur l'état des inscriptions, et, se fût-il enquis de cet état, il pourrait avoir eu des raisons sérieuses de croire qu'une inscription annonçait une hypothèque nulle ou déjà éteinte. La présomption serait cependant contre lui, s'il était prouvé qu'il s'est fait délivrer un état des inscriptions. Mais, sauf cette circonstance particulière, il faut bien que la simple existence d'une inscription ne constitue pas le tiers en état de mauvaise foi; car s'il en était autrement, l'hypothèse d'une prescription par dix ou vingt ans serait irréalisable, puisque l'hypothèque non inscrite ne serait pas opposable au tiers détenteur, et qu'il se trouverait de mauvaise foi quant à toute hypothèque inscrite.

On pourrait, il est vrai, restreindre l'effet de l'article aux hypothèques dispensées d'inscription; mais ce serait bien réduire une disposition qui se présente sous l'apparence d'une règle large et générale, et il y a tout lieu de penser que les rédacteurs du Code civil n'ont pas eu en vue l'hypothèque très exceptionnelle à laquelle ils ont accordé la dispense d'inscription. Quand ils édictent quelque règle spéciale à ce genre d'hypothèque, ils ont ordinairement bien soin de l'indiquer d'une façon précise.

164 *bis*. X. La durée de la prescription appuyée sur un titre dépend du lieu où est situé le domicile ou la résidence de celui contre qui est dirigée la prescription (art. 2265 et 2266). C'est là une règle qui a certes un caractère relatif. Selon que le propriétaire a plus ou moins de facilité pour surveiller son immeuble et interrompre la prescription, le délai est plus ou moins long. Au point de vue de l'extinction de l'hypothèque, qu'importe la demeure ou le domicile du vrai propriétaire? ce n'est pas lui qui est intéressé, c'est le créancier hypothécaire qui a besoin d'être au courant et d'empêcher la prescription; c'est donc de son domicile ou de sa résidence qu'il faudra tenir compte pour décider si la prescription durera dix ans ou vingt ans. Nous ne cumulerons pas ici les deux règles comme nous l'avons fait à propos de la bonne foi, nous ne dirons pas qu'il sera nécessaire pour que la prescription s'accomplisse en dix années, que le créancier et le propriétaire de l'immeuble aient tous deux leur résidence ou leur domicile dans le ressort de

la Cour d'appel où est situé l'immeuble. Nous examinerons chaque prescription distinctement, et nous lui assignerons une durée spéciale suivant la personne contre qui elle est dirigée. Il ne s'agit pas ici d'une condition tenant à l'essence même de la possession qui conduit à la prescription par dix ou vingt ans. Nous exigeons la bonne foi, même quant à la propriété, parce qu'il ne nous paraît pas nécessaire de protéger contre les hypothèques celui qui savait ne pas acquérir la propriété. Ici la question est autre : il s'agit de la durée d'un délai; le possesseur est de bonne foi, il croyait acquérir immédiatement; il n'a donc pas pu faire des calculs sur la durée de la prescription et croire plutôt à celle de dix ans qu'à celle de vingt ans. La distinction des articles 2265 et 2266 est fondée sur une faveur toute personnelle à celui contre qui l'on prescrit; il faut donc appliquer ces articles d'une façon personnelle et distincte. On pourra prescrire la propriété par dix ans et l'hypothèque par vingt ans, et réciproquement. Quoi d'extraordinaire, puisque l'on reconnaît bien qu'on peut acquérir la propriété immédiatement quand on la reçoit *a vero domino* et n'acquérir la liberté du même immeuble, quant aux hypothèques, que par dix ou vingt ans?

165. Du reste, il faut appliquer à la prescription de l'hypothèque les règles ordinaires sur l'interruption (art. 2242-2250). On sent, après cela, que l'inscription prise ou renouvelée par le créancier ne constitue pas une interruption. V. art. 2180, al. dernier.

165 *bis*. I. Les deux prescriptions qui s'accomplissent en faveur du débiteur et du tiers détenteur peuvent être interrompues, c'est la règle générale. L'article 2180 touche à ce point, uniquement pour décider que la prise d'une inscription n'est pas suffisante pour interrompre la prescription.

A l'égard du débiteur, comme la prescription de l'hypothèque se confond avec celle de la dette, il est bien certain que l'inscription, qui n'est pas un acte de mise en demeure relativement à la dette, n'a pas la puissance d'arrêter la prescription de l'obligation, et que partant l'hypothèque s'éteint quand l'obligation est éteinte.

A l'égard du tiers détenteur, la prescription de l'hypothèque a ses conditions spéciales; voilà ce qui appelle l'attention du législateur sur l'interruption par l'inscription. Seulement la loi a pensé

que l'inscription n'était pas une menace assez énergique pour valoir ce que valent, d'après l'article 2244, la citation en justice, le commandement, la saisie. L'inscription, de plus, n'est pas signifiée au détenteur, et il peut ignorer qu'elle a été prise.

La question, au surplus, n'a pu se présenter à l'esprit du législateur que parce qu'il n'était pas encore bien fixé, quand il écrivait l'article 2180, sur l'événement qui, au cas d'aliénation de l'immeuble, arrête le cours des inscriptions du chef de l'aliénateur. Les rédacteurs de l'article croyaient à la conservation du système de la loi de brumaire : les inscriptions pouvaient être prises jusqu'à la transcription, et c'est à ces inscriptions prises entre l'aliénation et la transcription qu'ils songeaient quand ils examinaient si elles interrompaient la prescription. Depuis la transcription, les inscriptions étaient sans effet sur l'immeuble, et la prescription n'avait plus d'objet.

Depuis que le système de brumaire a été abandonné par les rédacteurs du Code, les inscriptions ne pouvaient pas être prises utilement à partir de l'aliénation, ce qui rendait impossible l'hypothèse sur laquelle la loi a statué, celle d'une inscription prise sur le tiers détenteur et dont on appréciait l'effet par rapport à la prescription.

Aujourd'hui l'hypothèse est possible, et l'article a repris une certaine utilité, au moins pour la prescription de trente ans. La prescription commence en faveur du tiers détenteur, du jour de sa prise de possession : l'inscription peut être prise jusqu'à la transcription; on comprend qu'on demande si les inscriptions prises entre la prise de possession et la transcription sont interruptives de la prescription.

Il n'en est pas de même pour la prescription de dix ou vingt ans, puisqu'elle ne commence qu'au jour de la transcription, et que de ce jour les inscriptions ne peuvent plus être prises; il n'y a pas à rechercher si cette prescription peut être interrompue par une inscription.

165 *bis*. II. On doit donc appliquer les principes généraux sur les interruptions de prescription.

Il n'est pas nécessaire de rechercher les manières d'interrompre la prescription quand l'immeuble est possédé par le débiteur; c'est la dette qu'il s'agit de prescrire.

Mais quand le bien est possédé par un tiers détenteur, l'applica-

tion des règles générales peut demander quelques explications.

Nous remarquerons d'abord que dans cette hypothèse se présentera une difficulté qui n'apparaît pas à l'occasion de la prescription des obligations Il sera quelquefois nécessaire d'interrompre la prescription avant l'échéance du terme. La dette n'est pas échue, elle ne se prescrit pas encore (art. 2257), mais la prescription court en faveur du tiers détenteur, parce que, nous l'avons dit, cette prescription est acquisitive et que l'article 2257 ne s'applique, ses termes en font foi, qu'aux prescriptions libératoires. L'interruption devient donc nécessaire, mais elle est en même temps difficile, parce que l'hypothèque est liée à la créance et que le créancier ne peut agir par voie de rigueur pour satisfaire aux conditions de l'article 2244 qu'après l'échéance de son droit. Il ne pourra interrompre la prescription qu'en obtenant une reconnaissance volontaire de l'hypothèque par le tiers détenteur, ou, à défaut de reconnaissance volontaire, en s'adressant à la justice, qui constatera par jugement l'existence de son droit. L'assignation en déclaration d'hypothèque constituera la citation en justice qui interrompt la prescription (1).

165 *bis*. III. Lorsque la dette est échue, le créancier peut agir contre le tiers détenteur, et par ses actes il interrompra la prescription. Seulement il ne pourra pas se servir de tous les moyens indiqués dans l'article 2244. Il n'a pas à assigner le tiers détenteur, il ne peut pas lui faire un commandement; reste la saisie; il est certain que par cet acte de rigueur la prescription sera interrompue. Mais on doit admettre que ce résultat sera obtenu plus tôt par la sommation de payer ou délaisser faite en vertu de l'article 2169.

Un doute peut cependant s'élever sur ce point, parce que d'ordinaire la sommation n'a pas la force d'interrompre la prescription (art. 2244); mais cette sommation a un caractère particulier; elle est comme un commandement adressé au tiers détenteur, puisque pour lui elle précède la saisie de l'immeuble, et elle le dépouille en quelque sorte de la jouissance en le rendant comptable des fruits (art. 2176). Elle a donc une force tout autre que celle de la sommation, qui ne contient jamais qu'une menace un peu vague; elle doit être assimilée au commandement, qui ne peut pas être fait au tiers détenteur (2).

(1) V. Pothier, *Coutumes d'Orléans*, XX, n° 53.
(2) V. C. cass , 27 décembre 1854, I, 113.

165 *bis*. IV. La reconnaissance de l'hypothèque par le tiers détenteur interrompt aussi la prescription (art. 2248). Mais il ne faut pas voir une reconnaissance dans la notification faite aux termes des articles 2183 et 2184 aux créanciers inscrits. Il est certain que le détenteur qui veut payer n'a pas le temps d'examiner et de contester préalablement les droits des créanciers envisagés individuellement : c'est à la masse des inscrits qu'il fait des notifications et des offres; mais rien n'indique qu'il renonce au droit de contester les différentes créances inscrites, quand il y aura intérêt; dès lors il ne faut pas voir dans ces notifications une renonciation interrompant la prescription.

165 *bis*. V. Nous venons de parler de l'interruption civile de la prescription; le créancier pourra en outre invoquer l'interruption naturelle. C'est-à-dire que la prescription aura été interrompue quand le tiers détenteur aura été privé pendant plus d'un an de la jouissance de la chose (art. 2243). Puisque l'article 2180 a fait de cette prescription de l'hypothèque une prescription acquisitive appuyée sur une possession d'une certaine durée, il est clair qu'il faut appliquer à cette prescription les règles qui régissent la possession à fin de prescrire.

166. Outre ces quatre manières d'éteindre l'hypothèque ou le privilège, il est certain que ces droits s'éteignent encore :

5° Par la résolution du droit constituant (V. art. 2125);

6° et 7° L'hypothèque étant un droit réel, c'est-à-dire un droit sur la chose d'autrui, s'éteint nécessairement par la perte de la chose et par la confusion des deux qualités de créancier et de propriétaire.

166 *bis*. I. Il faut compléter l'énumération des causes d'extinction de l'hypothèque contenues dans l'article 2180, en ajoutant :

Le cas où l'hypothèque a été constituée par un propriétaire, sous condition résolutoire dont le droit vient à être résolu.

La *perte* de la chose hypothéquée. La perte totale, bien entendu; car si, ce qui arrivera le plus souvent, il reste quelque chose de l'immeuble détruit, le sol ordinairement, l'hypothèque frappe toujours la partie conservée du bien hypothéqué. Encore faut-il que cette partie conservée soit restée un immeuble, car l'hypothèque

n'existerait pas sur les débris, devenus mobiliers, d'une maison détruite.

166 *bis*. II. L'indemnité due par une compagnie d'assurance, au cas de sinistre, ne saurait être non plus affectée à l'hypothèque, car elle n'est pas l'immeuble lui-même, elle n'en est pas un reste ou une partie; elle ne peut pas être assimilée à un prix de vente, parce qu'elle n'est pas due par la compagnie à la suite d'un contrat qui lui aurait transféré la propriété de l'immeuble, elle est due à la suite d'une convention qui ne portait pas sur la chose elle-même; l'obligation de la compagnie a eu pour cause la perception des primes, et ces primes n'étaient pas détachées de la chose, elles étaient prises sur les revenus ou sur les valeurs mobilières du débiteur, toutes choses sur lesquelles les créanciers hypothécaires n'ont pas de droit de préférence (1).

166 *bis*. III. On peut rapprocher de la perte de l'immeuble *sa mise hors du commerce au cas d'expropriation pour cause d'utilité publique*. Seulement dans cette hypothèse, le droit des créanciers est transporté sur le prix de l'immeuble. (Art. 17 et 18, loi de 1841 sur l'expropriation.)

166 *bis*. IV. La réunion des qualités de créancier hypothécaire et de propriétaire de l'immeuble produit un résultat qu'on appelle *la confusion*, c'est-à-dire la réunion de deux qualités incompatibles; d'où résulte ordinairement l'extinction du droit et de la charge qui se contre-balancent. Il faut cependant n'admettre cet effet de la confusion en matière d'hypothèque qu'autant qu'il n'en résulte pas un préjudice pour le propriétaire créancier. S'il est seul créancier hypothécaire, on peut sans danger admettre que l'hypothèque s'éteint; mais s'il existe d'autres hypothèques, il serait inique de considérer la sienne comme éteinte; car les créanciers qui sont après lui profiteraient sans cause de la perte que lui infligerait la confusion. L'extinction de son hypothèque rendrait utiles des hypothèques qui étaient primées par la sienne. Elles deviendraient premières, tandis que le premier créancier ne serait pas payé. Il est clair que la loi n'admet pas cette conséquence de la confusion; nous l'avons déjà démontré en nous appuyant sur l'article 1251-2°.

166 *bis*. V. La *restriction judiciaire* de l'hypothèque générale dans

(1) V. C. cass., 20 déc. 1859, Sirey, 1860, 1, 23. C. Douai, 3 janvier 1873. Sirey, 1873, 2, 274.

les cas prévus par les articles 2143, 2144 et 2161, éteint l'hypothèque sur une partie des immeubles qu'elle frappait.

CHAPITRE VIII.

DU MODE DE PURGER LES PROPRIÉTÉS DES PRIVILÈGES ET HYPOTHÈQUES.

167. Le droit des créanciers privilégiés ou hypothécaires ne consistant, en définitive, qu'à se faire payer à son rang sur le prix du bien affecté, le législateur, toujours favorable à la circulation des biens, a jugé utile d'ouvrir à l'acquéreur un moyen de purger sa propriété, en offrant à ces créanciers le prix de son acquisition, sauf à eux à surenchérir, s'ils jugent que la vente aux enchères doit leur procurer un résultat plus avantageux. Telle est, en peu de mots, toute la théorie de ce chapitre, tel est l'objet des formalités et conditions qu'il prescrit.

168. Avant d'entrer à cet égard dans aucun détail, nous devons remarquer :

1° Que la faculté de purger, attentatoire, jusqu'à un certain point, aux droits des créanciers hypothécaires, n'existe qu'en vertu de la permission spéciale de la loi;

2° Que cette faveur dont jouit l'acquéreur, quelle que soit la nature des privilèges ou des hypothèques, n'est cependant appliquée à l'hypothèque légale des mineurs et des femmes que sous une modification importante, et à la charge de remplir des conditions particulières. Aussi le mode spécial de purger ces hypothèques fait-il l'objet d'un chapitre à part.

168 *bis*. Ce chapitre et le suivant traitent de la *purge*, procédure tendant à dégrever l'immeuble des hypothèques qui le frappent.

Il y a deux chapitres, parce qu'il y a deux purges : celle des hypothèques inscrites, et celle des hypothèques dispensées d'inscription et non inscrites.

Il est facile de comprendre que le but des deux procédures ne sera pas identiquement le même, parce que, dans la seconde, il faudra avant tout appeler les créanciers, les avertir, les sommer de se faire connaître, tandis que dans l'autre purge, on s'adresse à des créanciers qui se sont préalablement fait connaître par leurs inscriptions.

169. La faculté de purger n'appartient qu'aux tiers détenteurs (art. 2167, 2180-3°, 2181), à ceux par conséquent qui ne sont pas personnellement obligés. La nécessité, pour cela, de remplir les formes et conditions réglées aux chapitres VIII et IX n'existe point pour tout acquéreur : on sent, en effet, que ces formalités seraient tout à fait sans objet au cas d'adjudication sur saisie. Aussi la loi ne dispose-t-elle ici que dans la supposition d'un *contrat* translatif de propriété (art. 2181); enfin, il est bien évident qu'il n'y a lieu de purger des hypothèques que les biens qui en sont susceptibles; mais pour tous ceux-là cette faculté doit exister à la charge d'observer les conditions légales. Ces conditions, par conséquent, sont utiles à remplir lorsqu'il y a translation de la propriété, soit d'*immeubles* proprement dits, soit de *droits réels immobiliers* (art. 2181).

169 *bis*. I. Nous parlons d'abord de la purge des hypothèques inscrites. L'article 2181, qui indique la première formalité de cette procédure, nous fournit l'occasion de dire quelles sont les personnes qui peuvent purger et quels sont les actes à l'occasion desquels la purge est nécessaire pour dégrever l'immeuble.

Personnes qui peuvent purger. La faculté de purger appartient aux tiers détenteurs. Voilà ce qui ressort de l'article, quant aux personnes.

Il faut en effet que celui qui exerce cette faculté soit étranger à la dette; la purge est une atteinte portée aux droits du créancier hypothécaire, une sorte d'expropriation de l'hypothèque, quelques fois sans indemnité, car il pourra résulter de la purge qu'un créancier perdra son hypothèque sans être payé de sa créance ; d'autres fois, le créancier sera payé, mais il recevra ce paiement avant le terme qu'il avait stipulé en sa faveur. La loi ne s'est pas arrêtée devant ces résultats de la purge. Elle a été déterminée par des

considérations supérieures d'intérêt général. Il fallait que la circulation des biens ne fût pas entravée, que pour cela les tiers acquéreurs eussent toute sécurité, ne restassent pas pendant de longues années exposés à des poursuites hypothécaires. Le législateur a seulement pris des précautions pour que les créanciers reçoivent la valeur véritable de l'immeuble, et ils n'ont jamais pu espérer raisonnablement davantage.

Malgré tout, il y a dans la purge quelque chose qui altère la situation du créancier en ne lui permettant pas d'attendre une époque favorable pour faire vendre, et cela explique pourquoi cette faculté a été réservée au tiers détenteur.

169 *bis*. II. Reste à dire comment nous entendons cette expression. Elle est nécessairement exclusive du débiteur, car ce débiteur n'est certainement pas un tiers, et il ne doit pas avoir le droit de diminuer lui-même les garanties de sa dette. Il va de soi que le débiteur solidaire est exactement dans la même position que le débiteur unique. Mais la question présente quelque difficulté quant aux débiteurs conjoints et à l'héritier pour partie du débiteur.

169 *bis*. III. Parlons d'abord du débiteur conjoint. Tant qu'il est débiteur de sa part, il ne peut pas élever la prétention de purger, puisque l'hypothèque est indivisible, et que dès lors l'immeuble est autant affecté à la part de dette qu'il doit, qu'à la dette tout entière.

Mais il peut avoir payé la part dont il est tenu personnellement; alors il faut distinguer si l'hypothèque est née de son chef, s'il l'a créée par sa volonté sur un immeuble qui lui appartenait, ou si l'immeuble hypothéqué par un autre des débiteurs est ensuite devenu sa propriété. Dans le premier cas, l'hypothèse se confond avec une autre que nous examinerons bientôt; le débiteur libéré pour sa part est, pour les autres parts de la dette, tenu comme une caution réelle; il a véritablement, quand il a contracté, hypothéqué son immeuble à sa propre dette en tant que l'hypothèque garantissait sa part de la dette; il l'a hypothéqué à la dette d'autrui en tant que l'hypothèque garantissait les autres fractions de la dette. Pour ces dernières fractions, nous le traiterons comme le détenteur qui a hypothéqué son immeuble à la dette d'autrui.

169 *bis*. IV. La distinction que nous venons de faire n'est possible, on doit le remarquer, que si l'on suppose l'hypothèque conven-

tionnelle; l'espèce ne pourrait pas se présenter à propos d'hypothèque judiciaire, parce que le codébiteur conjoint, condamné par jugement, n'aurait été condamné que pour sa part et que l'hypothèque résultant du jugement ne garantirait que cette part. Quant à poser la question sur le terrain des hypothèques légales, cela présenterait une grave difficulté de fait, car on ne trouve pas la pluralité des codébiteurs quand il s'agit de maris, de tuteurs, d'administrateurs comptables. Dans un seul cas, nous voyons une tutrice et un cotuteur débiteurs de la même dette; mais ils sont débiteurs solidaires, et ce n'est plus l'hypothèse que nous examinons.

169 *bis*. V. Quand le codébiteur conjoint est devenu détenteur de l'immeuble parce qu'il a acquis, par achat ou tout autre titre particulier, l'immeuble hypothéqué par son codébiteur, il est clair qu'il ne peut pas purger, tant qu'il est débiteur de sa part. Mais s'il a déjà payé cette part, avant d'être poursuivi hypothécairement, ou s'il offre de la payer, ne peut-il pas être considéré comme étranger à la dette, et admis à purger? Nous disons ici ce que nous avons déjà dit à propos de la faculté de délaisser (n° 151 *bis*. III); celui qui a payé sa part avant les poursuites hypothécaires est véritablement un tiers détenteur, puisqu'il détient l'immeuble hypothéqué et qu'il n'est pas débiteur au moment où il est poursuivi; mais celui qui n'a pas encore payé lors des poursuites est à ce moment un des débiteurs et non pas un tiers; il ne peut pas changer le droit des créanciers postérieurement aux poursuites, se métamorphoser en tiers pour purger ensuite. Il restera exposé aux poursuites des créanciers et courra les chances de la vente sur saisie. Il n'en souffrira du reste pas beaucoup, car d'un côté il ne sera pas longtemps en suspens, puisque les poursuites sont commencées, et d'un autre il ne doit pas payer la dette; il n'est tenu que sur la valeur de l'immeuble. Enfin, si l'on n'applique pas trop strictement l'article 711 du Code de procédure, il aura la ressource de se porter adjudicataire pour conserver l'immeuble.

169 *bis*. VI. La situation de l'héritier débiteur d'une partie de la dette et détenteur de l'immeuble hypothéqué par le défunt est plus nette que celle du codébiteur conjoint. Qu'il ait ou qu'il n'ait pas payé sa part de la dette, il ne peut prétendre à purger, parce qu'il a hérité des obligations de son auteur, entre autres de l'obligation contractée tacitement, lors de la constitution de l'hypothèque,

de ne pas porter par son fait atteinte aux droits résultant de cette constitution. L'hypothèque étant indivisible, l'obligation de la respecter est indivisible ; dès lors, l'héritier, bien que libéré de sa part de la dette, est tenu à ne rien faire qui puisse nuire aux créanciers hypothécaires; et purger, c'est, nous l'avons dit, porter atteinte à ces droits.

169 *bis*. VII. La caution qui détiendrait l'immeuble hypothéqué à la dette n'aurait pas le droit de purger, car elle est personnellement tenue à la dette, et ne doit rien faire par conséquent qui puisse amoindrir les droits du créancier.

169 *bis*. VIII. Nous avons en vue la caution personnelle, le fidéjusseur; la question se présente avec une autre physionomie, quand on songe à la *caution réelle,* c'est-à-dire au tiers qui, sans s'obliger, a hypothéqué son immeuble à la dette d'autrui. Celui-ci n'est pas débiteur, et il semblerait qu'il aura le droit de purger, nous lui avons d'ailleurs reconnu le droit de délaisser; néanmoins il n'a pas celui de purger. Il a créé par sa volonté le droit d'hypothèque, il ne peut pas, par un acte de sa volonté, nuire à ce droit; si nous l'avons admis au délaissement (1), c'est qu'il nous a paru que le délaissement n'entraîne qu'une légère différence dans la procédure d'expropriation et qu'il ne nuit pas au créancier; il en serait autrement de la purge, d'où il résulte que notre solution précédente n'entraîne pas une solution semblable sur la question qui nous occupe. Cette décision et celle que nous avons donnée quant aux héritiers pour partie, nous conduisent à la formule suivante : Pour être tiers détenteur dans le sens de l'article 2181, il faut non-seulement être étranger à la dette, mais encore être étranger à la constitution de l'hypothèque.

169 *bis*. IX. Cette double condition, être étranger à la dette et à la création de l'hypothèque, a pour conséquence que les détenteurs qui ont acquis à titre universel le bien hypothéqué, comme successeurs universels de celui qui a contracté l'obligation ou constitué l'hypothèque, n'ont pas la faculté de purger, puisqu'ils sont tenus des obligations de leur auteur. Ce point n'est pas contesté comme principe; mais dans l'application, des doutes peuvent s'élever par rapport à l'héritier sous bénéfice d'inventaire, qui n'est pas tenu des dettes de la succession sur ses biens personnels.

(1) V. 152 *bis*. XV.

On pourrait croire alors que, payant la part de dette qui est à sa charge aux termes de l'article 873, il pourra purger pour conserver l'immeuble qui est tombé dans son lot. Nous pensons qu'il n'aurait pas ce droit, car l'obligation de laisser subsister intact le droit du créancier qui a reçu d'un défunt une hypothèque, ne compromet pas les biens personnels de l'héritier bénéficiaire, ne l'entraîne pas à payer les dettes au delà de la valeur des biens qu'il a recueillis (art. 802) ; elle se traduit pour lui en la nécessité de s'abstenir d'une opération qui pourrait lui être utile, ou surtout agréable, en lui conservant un immeuble qui lui convient, et dès lors il n'y a pas de raison pour le soustraire à cette obligation ; il ne faut pas, en effet, oublier que l'héritier bénéficiaire reste successeur universel du défunt, et qu'il doit subir les conséquences de cette qualité toutes les fois qu'il n'en résulte pas une charge dépassant la valeur des biens héréditaires recueillis par lui.

169 *bis*. X. La question que fait naître la situation de l'héritier bénéficiaire se présente sous une autre face, quand l'héritier n'a pas seulement recueilli un bien dans un partage, mais qu'il en est devenu adjudicataire à la suite, soit d'une licitation, quand il a des cohéritiers, soit d'une vente aux enchères faite en vertu de l'article 987 du Code de procédure, s'il est seul héritier.

Dans cette hypothèse, l'héritier bénéficiaire paraît être devenu un véritable tiers, parce qu'il possède en vertu d'un titre nouveau, non plus comme héritier, mais comme tout étranger qui se serait porté adjudicataire dans la vente publique qui a eu lieu. Dégagé d'ailleurs par le bénéfice d'inventaire des obligations du défunt, il peut faire ce que ferait un adjudicataire étranger : il peut purger (1).

Nous pensons, malgré l'autorité imposante d'un arrêt solennel rendu après deux cassations, que les vrais principes imposent la solution qui refuse à l'héritier le droit de purger. Pour nous, l'héritier bénéficiaire n'acquiert pas la propriété quand il se rend adjudicataire dans les deux circonstances que nous avons indiquées ; s'il s'agit d'une licitation, il est clair que son droit remonte au décès du testateur ; s'il est seul héritier, la mise de l'immeuble en vente publique n'empêche pas qu'il ait été propriétaire depuis le

(1) V. Aubry et Rau, t. II, p. 933, n° 27, édit. 1865. C. cass., ch. réunies, 12 janvier 1876, Sirey, 1876, 1, 81.

décès, et la vente n'a pas d'autre but que de fixer le prix de l'immeuble, la somme dont l'héritier sera comptable envers les créanciers; si l'héritier n'a pas de titre nouveau, comment pourrait-il purger? et quand on devrait reconnaître qu'il a ce titre, on devrait encore lui refuser le droit de purger. Nous l'avons dit dans un numéro précédent, si l'héritier bénéficiaire n'est pas tenu des dettes héréditaires sur ses biens personnels, il n'en reste pas moins ayant cause universel de ce défunt en tant qu'il ne s'agit pas pour lui de subir sur ses biens personnels les conséquences de cette qualité. Or, il ne s'agit pas ici de payer les dettes du défunt, mais simplement de s'abstenir d'user de la faculté de purger, pour exécuter l'obligation indivisible qui pèse sur lui de respecter l'hypothèque créée par son auteur. Qu'importe qu'il ait ou non un titre nouveau? il est toujours tenu de respecter les actes de son auteur, pourvu qu'il ne compromette pas son patrimoine personnel, et il ne le compromet pas lorsqu'il s'abstient de purger l'immeuble héréditaire compris dans son lot ou à lui échu à la suite d'une adjudication; il le compromet encore moins quand il s'abstient de se porter adjudicataire, s'il considère qu'il y a danger à se faire adjuger un immeuble qu'il ne pourra pas purger (1).

169 *bis*. XI. Il faut maintenant rechercher *à la suite de quelles acquisitions le détenteur peut ou doit purger*.

Si on prenait à la lettre l'article 2181, il n'y aurait que les acquisitions par contrat qui pourraient être le point de départ d'une procédure de purge, ce qui exclurait les acquisitions à la suite de décès. Nous venons de nous expliquer sur celles de ces acquisitions qui ont lieu à titre universel. Mais il faut se préoccuper des acquisitions à titre particulier qui se produisent à la suite d'un décès. Le légataire particulier peut-il purger? Quand on voit le donataire ayant le droit de purger, on ne comprend pas pourquoi le légataire n'aurait pas la même faculté. Il n'est pas plus que le donataire entre-vifs tenu des obligations de son auteur, et l'on ne peut objecter contre lui que le texte de l'article 2181 qui emploie, peut-être sans intention, le mot *contrat* au lieu du mot *titre* ou *acte*. Cet article, d'ailleurs, n'est pas entendu littéralement, car nous allons bientôt l'appliquer à certains jugements. Quant aux articles 2183

(1) V. consultation de notre regretté maître et collègue M. Valette, publiée par la *Revue pratique* et imprimée séparément chez Marescq en 1875.

et 2184, ils parlent, il est vrai, du donateur et du donataire, mais on sait que, dans le langage de la loi, le legs est une donation testamentaire. Enfin, plusieurs articles se servent d'expressions plus générales pour désigner celui qui purge; ils l'appellent le nouveau propriétaire. (Art. 2183-2185-2186-2187.)

On a cependant fait contre le légataire une objection qui veut être réfutée. On a fait remarquer que, profitant des dispositions de la loi sur l'organisation de la procédure de purge, le légataire pourrait s'assurer un bénéfice au détriment des créanciers; on en a conclu que la loi ne lui a pas donné le droit de purger, par respect pour la règle *nemo liberalis nisi liberatus*. Pour comprendre cette objection, il faut mettre en action la procédure de purge. On suppose qu'un immeuble légué vaut 100,000 francs, le légataire qui purgerait pourrait en offrant aux créanciers une somme supérieure à 90,000 francs, mettre les créanciers dans l'impossibilité de surenchérir; s'il offrait 94,000 francs, le surenchérisseur devrait offrir 9,400 francs en plus, soit 103,400 francs. La surenchère n'aurait pas lieu puisque l'immeuble, on le suppose, ne vaut que 100,000 francs. Le légataire conserverait donc pour 94,000 francs un immeuble qui vaut 100,000 francs; il réaliserait 6,000 francs de bénéfice, bien que les créanciers ne soient pas payés. C'est le résultat que la loi n'a pas voulu consacrer en autorisant la purge.

Nous ne croyons pas devoir nous arrêter devant cette objection. Elle ne s'appuie pas sur des principes, mais sur des faits, des faits très rares, nous allons dire pourquoi, et qui de plus ne sont pas des faits réguliers, qui constituent un abus, un mauvais usage des dispositions de la loi qu'on ne doit pas supposer. Ce calcul sera rare, puisqu'il suppose que le légataire qui purge et les créanciers qui pourraient surenchérir ont une connaissance mathématiquement exacte du prix que produirait la vente de l'immeuble, et c'est cependant chose bien incertaine. L'incertitude du résultat ne permettra pas d'entreprendre une opération facile à comprendre, quand on raisonne sur une hypothèse faite à plaisir, mais qui ne peut pas être appréciée quand on est dans le domaine des faits réels. Outre cela, nous avons dit qu'on mésusait de la loi, et c'est ce que la loi n'a pas pu supposer; elle a pris de minutieuses précautions pour que le prix offert fût bien le prix réel, et elle n'a pas dû penser qu'on réussirait malgré toutes ces précautions à réaliser un bénéfice; le législateur a foi dans les règles qu'il pose, et il

n'établit pas de dispositions dans la prévision des cas où, ces règles étant observées, le résultat auquel il tend ne serait pas obtenu.

169 *bis*. XII. Sur cette hypothèse et à propos de l'objection que nous venons d'examiner, nous ferons une observation. La faculté de purger appartient au légataire quand son legs est valable, c'est-à-dire quand l'ensemble du patrimoine, moins l'objet légué, suffit à désintéresser les créanciers; c'est alors que la question se pose uniquement sur le terrain de la législation hypothécaire. Mais si le patrimoine était insuffisant, en y comprenant même l'immeuble légué, pour payer toutes les dettes, la question deviendrait une question de nullité de legs, et les créanciers hypothécaires comme les créanciers chirographaires pourraient opposer cette nullité; ils pourraient notamment s'opposer à la purge, en niant le droit de propriété du légataire (1).

169 *bis*. XIII. Parmi les actes translatifs de propriété entre-vifs et qui peuvent donner lieu à des procédures de purge, il faut énumérer certains jugements d'adjudication. Tous les jugements d'adjudication ne sont pas dans cette catégorie, parce qu'un certain nombre d'entre eux, ayant été rendus à la suite de procédures auxquelles les créanciers sont liés et que, par conséquent, ceux-ci sont mis en demeure de surveiller, purgent par eux-mêmes les hypothèques. Il serait surabondant de demander aux créanciers s'ils acceptent un prix dont ils ont surveillé eux-mêmes la fixation. Certaines adjudications, au contraire, se font en dehors des créanciers et n'offrent pas à ceux-ci plus de garanties que les aliénations à l'amiable.

169 *bis*. XIV. Il faut citer dans le groupe des jugements d'adjudication qui ne purgent pas les hypothèques :

1° Les adjudications sur licitation, sans distinguer si l'adjudicataire est étranger ou s'il est un des copropriétaires. Dans ce dernier cas, la purge ne serait nécessaire que pour les hypothèques antérieures à l'indivision; quant à celles qui seraient nées pendant l'indivision, elles tomberaient de plein droit en vertu de l'article 883 si elles étaient nées du chef des copropriétaires non adjudicataires; nées du chef de l'adjudicataire, elles ne pourraient certes pas être purgées par lui.

169 *bis*. XV. 2° Les adjudications de biens d'incapables.

(1) V. article de notre collègue M. Labbé. — *Revue critique*, t. VIII, p. 217.

3° Celles qui auront eu pour objet des biens de successions bénéficiaires ou de successions vacantes. Les précautions que prend la loi, dans les articles 986, 998 et suivants du Code de procédure, sont toutes inspirées par l'intérêt des créanciers chirographaires, mais on ne voit aucune règle qui protège spécialement les créanciers hypothécaires en les appelant à contrôler les procédures et la vente.

169 *bis.* XVI. 4° Les jugements d'adjudication des immeubles d'un failli (art. 572, C. comm.). Ceci est du reste un point qui a soulevé des contradictions. On a dit qu'il ne s'agissait pas d'une vente volontaire, que les créanciers étaient prévenus par la notoriété de la faillite et qu'ils étaient représentés par les syndics, puisqu'ils sont dépouillés du droit de poursuivre l'expropriation, et que ce droit est conféré aux syndics. Enfin, on allègue que l'article 573 du Code de commerce exclut formellement toute autre surenchère que celle dont il règle les conditions, que, par conséquent, il interdit la purge des hypothèques, puisque cette purge a pour but et pour effet d'offrir aux créanciers hypothécaires le droit de surenchérir dans d'autres conditions et particulièrement dans un délai plus long.

Nous pensons que ces raisons ne sont pas assez puissantes pour faire triompher l'opinion qu'elles appuient. Nous faisons d'abord remarquer que ce n'est pas en s'attachant au caractère volontaire ou forcé d'une aliénation, qu'on détermine si elle peut être le point de départ d'une procédure de purge; l'adjudication sur licitation est ou peut être, pour la majorité des colicitants, une aliénation forcée (art. 815); cependant, nous venons de dire, et ceci est admis par tous, qu'elle ne purge pas par elle-même les hypothèques. Si la procédure de saisie aboutit à une adjudication qui éteint les hypothèques, ce n'est pas tant parce que la vente a été forcée que parce que les créanciers hypothécaires ont joué un rôle dans la procédure, et ce n'est pas ce qui arrive dans la vente des biens d'un failli. Le Code de commerce est très significatif sur ce point; quand il cherche à assimiler la vente des biens du failli à une des ventes organisées par le Code de procédure, il la rapproche de la vente des biens de mineur. Or, cette vente n'opère pas par elle-même la purge des hypothèques. Il résulte de ce rapprochement une forte présomption contre l'opinion que nous combattons. Quant à dire que les syndics représentent les créanciers hypothécaires, parce

qu'eux seuls depuis l'union peuvent provoquer la vente, c'est exagérer la portée de l'article 572 du Code de commerce : il y a loin d'une disposition qui suspend l'exercice du droit des créanciers hypothécaires à une règle qui conférerait aux syndics le droit de représenter les intérêts individuels de ces créanciers. Les syndics sont avant tout chargés des intérêts de la masse des créanciers; on a pu, puisqu'ils allaient être nécessairement amenés par les circonstances à faire vendre les immeubles, empêcher tous les créanciers, même les hypothécaires, de provoquer la vente; mais en refusant aux créanciers hypothécaires le droit de provoquer la vente, on n'a pas déclaré que ces créanciers seraient considérés comme liés à la procédure. Il se passe là quelque chose qui ressemble à ce qui arrive en cas de succession vacante. Il existe un curateur qui est une sorte de syndic, agissant dans l'intérêt des héritiers inconnus et des créanciers; s'il provoque la vente des immeubles, nous avons dit que, les créanciers hypothécaires n'ayant pas été représentés dans les procédures, l'immeuble ne sera pas purgé des hypothèques par le seul fait de l'adjudication.

Nous n'avons plus à examiner que l'argument tiré de l'article 578 du Code de commerce. Cet article semble, en effet, n'admettre qu'une seule espèce de surenchère à propos des immeubles d'un failli. Il s'exprime ainsi : la surenchère n'aura lieu qu'aux conditions suivantes. Mais il est facile d'expliquer sa forme restrictive sans y voir l'anéantissement des droits des créanciers hypothécaires. L'article 573 a pris la place de l'article 565 de l'ancien Code de commerce, qui permettait *à tout créancier* de surenchérir dans la huitaine : la surenchère devait être d'un dixième. Sur cet article s'était élevée la question de savoir si cette surenchère était exclusive de la surenchère admise par le Code de procédure alors en vigueur (art. 710 ancien), qui pouvait être formée par *toute personne*, dans la huitaine, moyennant l'offre d'un quart en sus du prix. Les rédacteurs de l'article 573 actuel (loi de 1838) ont voulu unifier ces deux surenchères dont ils ont en effet mêlé les diverses conditions dans leur article. Leur intention est attestée par M. Renouard, ancien rapporteur de la loi à la Chambre des députés en 1835, dans son *Traité des faillites et banqueroutes*. Il compare l'ancien article et le nouveau, et il s'exprime ainsi : « L'article a porté à quinzaine au lieu de huitaine le délai pour surenchérir. Il a admis toute personne à surenchérir. Par là se trouve tranché un très

sérieux débat sur la question de savoir si la surenchère du quart, ouverte à toute personne par le Code de procédure civile, concourait avec la surenchère du dixième ouverte par le Code de commerce à tout créancier (1). » Il n'est pas question de la surenchère autorisée par l'article 2185 du Code civil. Par conséquent, ce n'est pas cette surenchère qui est comprise dans la formule exclusive que contient la première ligne de l'article 573 (2).

169 *bis*. XVII. 5° Les adjudications à la suite de la conversion d'une vente sur saisie en vente volontaire (art. 743 Code de procédure) doivent, avec une distinction, être placées dans le groupe des adjudications qui ne purgent pas par elles-mêmes les immeubles adjugés. La distinction ressort de l'article 743. Elle dépend de l'époque où la conversion est demandée (v. articles 745 et 746, C. Pr.). Si elle est demandée avant que la procédure de saisie ait été menée jusqu'aux sommations adressées aux créanciers hypothécaires en vertu de l'article 692, les seuls intéressés dont le consentement est requis pour que la conversion ait lieu sont le poursuivant et le saisi ; donc les créanciers inscrits deviennent absolument étrangers à la vente, puisque les sommations ne leur doivent plus être faites ; la vente est soumise aux conditions et formalités des ventes de biens appartenant à des mineurs ; l'adjudication ne peut pas purger les hypothèques.

Mais si nous supposons que la conversion de la vente sur saisie en vente volontaire a lieu lorsque les sommations exigées par l'article 692 ont déjà été faites, les créanciers doivent consentir à cette conversion, par conséquent ils ne sont pas étrangers à la vente ; ils sont liés à la procédure comme à celle de vente sur saisie, et il n'y a pas à remplir contre eux les formalités de la purge ; l'adjudication opère elle-même comme aurait opéré la purge.

169 *bis*. XVIII. Il faut au contraire placer dans le groupe des adjudications qui ne donnent pas place à une procédure de purge :

1° Les adjudications sur saisie immobilière ; c'est, nous l'avons dit, la conséquence de l'article 692 du Code de procédure qui exige qu'une sommation soit faite aux créanciers inscrits de prendre communication du cahier des charges et de fournir leurs dires et

(1) V. Renouard, *Traité des faillites et banqueroutes*, t. II, p. 367.

(2). V. C. I. Paris, 21 août 1852. — Sirey, 1862, 2, 545.

observations, ce qui les met en demeure de surveiller la vente et rend inutile une purge ; car on ne comprendrait pas une demande de mise aux enchères, lorsque déjà des enchères ont eu lieu sous la surveillance des créanciers. Sur ce point, le silence du Code de procédure avait donné lieu à de graves difficultés, qu'on avait laissées pendantes lors de la révision partielle de ce Code en 1841. La solution résulte aujourd'hui du texte de l'article 717 du Code de procédure amendé dans la révision de 1858.

169 *bis*. XIX. 2° Les adjudications à la suite d'une surenchère. Qu'il y ait eu surenchère du dixième au cas de l'article 2185, surenchère du dixième autorisée par l'article 573 du Code de commerce, ou surenchère du sixième d'après les articles 708, 965, 973, 988 du Code de procédure.

Dans le cas de la surenchère formée en vertu de l'art. 2185, les créanciers hypothécaires ont été prévenus par des notifications (art. 2183), ils sont liés à la procédure ; s'il s'agit de la surenchère du sixième (art. 708), elle succède à une vente sur saisie ; les créanciers ont également été liés à la procédure (art. 692, C. Pr.). Dans les autres hypothèses, la question est plus délicate, parce que les créanciers inscrits n'ont été individuellement avertis ni de la mise en vente ni de la surenchère. Cependant, le législateur les dépouillera par les différents articles cités, du droit de former une nouvelle surenchère, qui n'aboutirait qu'à une nouvelle vente aux enchères n'offrant pas plus que la précédente chance de vente à bon prix. Et comme l'intérêt principal de la purge consiste dans le droit de surenchérir, on peut penser que le refus du droit de surenchérir implique l'inutilité d'une procédure de purge (1). Seulement, les divers articles où il est question de ces adjudications sur surenchères ne disent pas qu'elles purgent les hypothèques. D'où il faut tirer cette conséquence que l'adjudicataire reste, dans les limites de son prix d'adjudication, exposé aux poursuites des créanciers hypothécaires. Il ne se mettra pas à l'abri par une procédure de purge qui n'a pas de sens, quand il ne peut être question de surenchérir ; mais il déposera son prix à la caisse des consignations, où il restera détenteur du prix en provoquant une procédure d'ordre, et il se libérera en payant son prix dans l'ordre déterminé par cette procédure.

(1) V. cep. Colmet-Daâge et Glasson, *Procéd. civile*, t. II. p. 632, édit. 1885.

Il est nécessaire de faire remarquer que ce que nous disons sur l'effet d'une adjudication après surenchère des biens d'un failli ne contredit pas ce que nous avons admis plus haut sur la première adjudication des biens d'un failli; cette première adjudication admet la surenchère de l'article 2185 et doit être suivie d'une purge, ce qui n'est pas incompatible avec ce que nous disons maintenant de l'effet de l'adjudication sur surenchère suivant cette première adjudication. A celle-là s'appliquent les derniers mots de l'article 573.

169 *bis*. XX. Le jugement d'expropriation pour cause d'utilité publique ne peut pas être suivi d'une purge. La surenchère qui serait la conséquence de cette purge serait absolument contradictoire avec le but de l'expropriation, puisqu'elle enlèverait l'immeuble à l'administration qui entreprend des travaux d'utilité publique et rendrait peut-être ces travaux impossibles. L'article 17 de la loi de 1841 s'exprime catégoriquement sur ce point, et en même temps il garantit le droit des créanciers en leur donnant le droit d'exiger que l'indemnité soit fixée par le jury.

Ce n'est pas seulement le jugement d'expropriation qui purge les hypothèques; le même effet est attribué par l'article 19, § 1er, de la loi de 1841, aux conventions amiables passées entre l'administration et les propriétaires, pourvu qu'elles aient été publiées dans les termes de l'article 15, § 1er, et transcrites au bureau des hypothèques conformément à l'article 16.

169 *bis*. XXI. Nous n'avons plus qu'à nous expliquer sur la nature des droits dont la translation peut occasionner une procédure de purge. D'après l'article 2183, il s'agit du droit de propriété immobilière et des autres droits réels immobiliers. Cette formule comprend certainement la pleine propriété, la nue propriété, l'usufruit. On pourrait concevoir que la loi n'autorisât pas la purge quand la propriété est fractionnée en deux droits, la nue propriété d'un côté et l'usufruit de l'autre; ce fractionnement peut être préjudiciable au point de vue de la vente aux enchères qui est l'*ultima ratio* des créanciers contre des aliénations à bas prix; mais le texte de l'article 2181 ne permet pas de croire que telle ait été la pensée du législateur; en parlant des droits réels immobiliers, la loi a embrassé certainement dans son expression celui de ces droits qui se rapproche le plus de la propriété, c'est-à-dire l'usufruit. Elle n'a pas d'ailleurs interdit la purge au cas de fractionne-

ment matériel de la propriété, de vente d'une partie divise, et quelquefois cependant il pourra arriver que cette vente partielle ne soit pas avantageuse à l'ensemble de la propriété, et que le domaine dût se vendre à meilleur prix s'il était vendu dans son ensemble que s'il était vendu par parties.

169 *bis*. XXII. Quand on admet que le contrat d'emphytéose donne naissance à un droit réel immobilier, il faut reconnaître que l'acquéreur de ce droit réel pourra purger contre les créanciers hypothécaires qui avaient hypothèque sur l'immeuble avant la constitution du droit. Il est vrai que le droit réel résultant de l'emphythéose ne peut pas être hypothéqué. (V. art. 2118 et *suprà*, nº 74 *bis*, VII.) Mais l'article 2181 n'exige pas, pour que la purge soit possible, que le droit réel aliéné soit susceptible d'hypothèque en soi, c'est-à-dire indépendamment de l'immeuble dont il est détaché; cet article suppose seulement que le droit est grevé d'hypothèque du chef de l'aliénateur, par conséquent qu'il a été grevé alors qu'il faisait partie de la pleine propriété qui appartenait à l'aliénateur; devenu un droit distinct, il reste exposé à l'action des créanciers de l'aliénateur en vertu de leur droit de suite, car il serait injuste que ce droit ne s'exerçât pas sur un fragment détaché de la propriété, alors même que ce fragment immobilier du reste, ne pourrait pas être désormais hypothéqué par des raisons spéciales que nous avons indiquées au numéro précité.

Il n'y aurait impossibilité de purger qu'autant que le droit ne serait pas, par sa nature, susceptible d'une vente aux enchères. Mais la vente aux enchères du droit résultant de l'emphytéose est tout aussi facile et plus avantageuse sans doute que celle d'un usufruit, parce que ce dernier droit offre à son acheteur une durée incertaine, tandis que celui qui prendra la place d'un emphytéote sera sûr de conserver la jouissance pendant un temps déterminé.

169 *bis*. XXIII. La constitution d'un droit d'usage ou d'habitation ne peut être, au contraire, le point de départ d'une purge, parce que ces droits sont incessibles et que l'acquéreur ne pourrait pas mettre les créanciers hypothécaires en demeure, s'ils n'acceptent pas le prix offert, de provoquer une vente aux enchères.

169 *bis*. XXIV. La même impossibilité d'organiser une surenchère se présente quand le propriétaire d'un immeuble a constitué sur cet immeuble une servitude prédiale. L'incessibilité résulte ici

de la nature des choses et non pas d'un texte. Comment mettre en vente, par adjudication publique, un droit de passage, de puisage, de jour, d'aqueduc, qui n'a été constitué que pour l'utilité d'un fonds déterminé, qui ne peut pas profiter au public en général, et qui, pour être avantageux à quelque voisin, ne serait plus le droit même qui a été aliéné, s'il était attaché à une propriété qui n'est pas celle qui devait être, d'après la convention, le fonds dominant ?

169 *bis*. XXV. La conséquence que nous tirerons de ce que l'acquéreur d'un de ces droits, usage, habitation, servitude, ne peut pas purger, ce n'est pas que les créanciers hypothécaires seraient privés du droit de suite; c'est au contraire qu'ils ne pourraient pas en être dépouillés tant qu'ils l'auraient conservé sur l'immeuble hypothéqué. Pour eux, cet immeuble serait toujours intact, non diminué par le droit réel constitué; s'ils saisissaient cet immeuble, ils auraient le droit de le faire vendre sans tenir compte de ce droit réel; s'il était aliéné et si une purge était faite contre eux, ils pourraient d'autant plus facilement surenchérir que dans le cahier d'enchères de la nouvelle vente ils annonceraient que l'immeuble est vendu non grevé du droit d'usage, d'habitation ou de servitude précédemment constitué.

Cette décision peut sembler rigoureuse pour l'acquéreur des droits réels dont il s'agit, mais il faut bien qu'il en soit ainsi, puisque les conditions de la purge ne sont pas réalisables. D'ailleurs le droit de purge ne dérive pas essentiellement de la nature de l'hypothèque; il constitue un amoindrissement des droits des créanciers, il a par conséquent un caractère exceptionnel, ce qui explique que, dans l'impossibilité de le faire fonctionner, on sacrifie l'acquéreur d'un droit plutôt que les créanciers hypothécaires qui allèguent que leur gage a dû rester intact.

169 *bis*. XXVI. Après avoir examiné, au point de vue du droit de purger, la situation des acquéreurs de droits réels sur l'immeuble, il faut maintenant étudier le cas où l'acquéreur de la propriété a fait un contrat sous condition, pour déterminer l'influence de la condition qui affecte son droit sur la faculté de purger.

L'acquéreur peut avoir reçu la propriété sous condition suspensive ou sous condition résolutoire. Nous traiterons d'abord de ce dernier cas, celui d'une acquisition sous condition résolutoire, parce que l'acquéreur se rapproche bien plus, dans cette hypothèse, de l'acquéreur pur et simple, puisqu'il a la jouissance effective de

la chose et qu'il exerce tous les droits de propriété. Il a un droit pur qui se résout sous une condition.

L'acquéreur sous condition résolutoire doit exécuter son contrat malgré la chance de résolution; si c'est un acheteur, il doit son prix, il a le droit d'exiger l'exécution du contrat (art. 1183), il a donc, sauf résolution, les droits dérivant de son contrat d'acquisition. Parmi ces droits se trouve le droit de purger, dont aucune disposition de loi ne le prive. Les conséquences seules de la purge qu'il entreprend peuvent ne pas paraître très claires. Il s'agit en effet de savoir si la purge opérée par le propriétaire sous condition résolutoire aura quelque effet dans le cas où la condition résolutoire se réaliserait. Pour se fixer sur ce point, il faut examiner les divers dénouements que peut avoir la procédure de purge commencée par le propriétaire sous condition résolutoire.

169 *bis*. XXVII. Supposons d'abord que le prix offert par l'acquéreur a été accepté par les créanciers, il n'a pas été fait de surenchère. L'expiration du délai de surenchère ne fait que confirmer l'acquisition et mettre le détenteur à l'abri des poursuites hypothécaires, pourvu qu'il paye le prix qu'il a offert. Si, plus tard, la condition résolutoire se réalise, l'acquéreur qui ne conserve pas la chose a contre son auteur une action en restitution du prix payé aux créanciers, comme il aurait une action en restitution du prix payé au vendeur lui-même, s'il n'avait pas existé d'hypothèques sur l'immeuble. Quant à l'aliénateur, la purge tentée par l'acquéreur ne peut pas lui profiter, parce que la plupart du temps il aura lui-même constitué les hypothèques sur le fonds, ce qui ne lui permettrait pas de les purger, et fût-il lui-même un tiers détenteur, comme il n'est pas l'ayant cause de l'acquéreur, il ne peut pas se prévaloir des actes faits par celui-ci. Pour soutenir le contraire, il faudrait prétendre que l'aliénateur sous condition résolutoire n'avait rien conservé de la propriété, qu'il n'avait pas de droit réel, que son droit était un *jus ad rem*, et qu'à l'arrivée de la condition il acquiert une propriété nouvelle dégrevée des hypothèques anciennes (1). Nous pensons que cette manière d'envisager la situation est contraire à la théorie des conditions. La propriété peut être conditionnelle; si l'acquéreur est propriétaire sous condition résolutoire, il faut bien que l'aliénateur ait la propriété sous con-

(1) V. en ce sens C. cass. 14 avril 1847, Sirey. 1847, 1, 341, et C. cass. 23 août 1871, Sirey 1871, 1, 118.

dition suspensive : c'est le reste de sa chose; cette propriété reste grevée des hypothèques purgées simplement par l'acquéreur et dans son intérêt.

169 *bis*. XXVIII. Nous assimilerons à cette hypothèse celle où le propriétaire sous condition résolutoire aurait été adjudicataire après la surenchère faite par les créanciers. Car cette adjudication ne constitue pas en sa faveur un titre nouveau d'acquisition; c'est une confirmation de son titre primitif, qui lui laisse par conséquent la qualité d'acquéreur sous condition résolutoire. L'article 2189 le prouve en le dispensant de remplir à nouveau la formalité de la transcription.

169 *bis*. XXIX. Si la purge se termine par une surenchère et une adjudication au profit d'un autre que l'acquéreur primitif, cette adjudication est définitive, et dans ses effets elle n'est pas exposée à la résolution qui menaçait les droits de l'acquéreur. L'adjudicataire, en effet, ne tient pas ses droits de cet acquéreur, il a pour auteur l'aliénateur, mais il l'a pour auteur en vertu d'un titre qui n'est pas soumis à la condition résolutoire à laquelle était soumis le premier contrat. Que l'adjudicataire ne soit pas l'ayant cause de l'acquéreur qui purge, cela résulte de l'ensemble des dispositions de la loi. En effet, l'acquéreur offre un prix aux créanciers (art. 2184); ceux-ci, requérant la mise aux enchères, refusent d'accepter ce prix (art. 2185). Par conséquent le contrat est considéré comme non avenu, puisque le détenteur n'a pas même à délaisser ou à subir l'expropriation; c'est une vente aux enchères qui est substituée à l'acte translatif de propriété que l'acquéreur invoquait; si cette vente prend ainsi la place de l'acte primitif, l'aliénateur n'est pas le détenteur qui purge, mais le propriétaire qui avait tenté la première aliénation. En résumé, le droit de l'acquéreur était soumis à une condition résolutoire, la surenchère suivie d'adjudication; quand la condition se réalise, l'acquéreur est censé n'avoir jamais été propriétaire. Tel est bien le système de la loi qui nous montre, dans l'article 2188, l'acquéreur recouvrant les frais et loyaux coûts de son contrat qui n'a pas produit d'effets à son égard, et dans l'article 2187, le même acquéreur poursuivant la vente de l'immeuble dans les formes établies pour les expropriations forcées : ce qui ne pourrait pas se comprendre si la vente était poursuivie contre lui-même. La pensée de la loi est donc que l'acquisition d'un immeuble hypothéqué est soumise à une condi-

tion résolutoire pour le cas où une purge faite sur cet immeuble serait suivie d'une adjudication sur surenchère, au profit d'un autre que l'acquéreur qui purge.

Nous tirons de ces principes cette conséquence que l'adjudication à la suite de la surenchère opère la purge de toutes les hypothèques existant lors de l'aliénation, et qu'elle sera valable malgré l'arrivée de la condition résolutoire à laquelle était soumise l'aliénation.

Nous ne voyons à cette solution qu'un inconvénient, c'est qu'elle prive l'aliénateur sous condition résolutoire de la chance qu'il avait de reprendre sa propriété au cas d'arrivée de la condition. Mais on peut dire qu'il s'est exposé sciemment à cette éventualité; lorsqu'il a aliéné une propriété grevée d'hypothèque, il devait comprendre que l'acquéreur voudrait purger, et que l'effet de cette purge pourrait produire, par une surenchère suivie d'adjudication, la résolution de l'aliénation conditionnelle par lui consentie et son remplacement par une adjudication impliquant aliénation pure et simple de la propriété.

169 *bis*. XXX. Il ne paraît pas que cette hypothèse ait été bien souvent examinée, si ce n'est dans le cas spécial d'une vente à réméré; mais nous avons voulu l'étudier d'abord dans sa généralité abstraite, parce que la difficulté qu'elle soulève n'est pas particulière à une seule hypothèse. On peut, en effet, concevoir des aliénations sous condition résolutoire expresse qui ne soient pas des ventes à réméré. Il faut aussi ne pas oublier que la propriété sous condition résolutoire résulte souvent des dispositions mêmes de la loi.

Prenons seulement deux exemples saillants. Le donataire soumis à réduction est un propriétaire sous condition résolutoire; il en est de même du donataire soumis à révocation pour survenance d'enfant. Quel est le donataire qui est sûr qu'à la mort du donateur la donation ne sera pas réductible? Le donateur le plus riche peut se ruiner. Il peut survenir des enfants à un donateur qui n'en avait pas. Nul donataire n'est donc certain de la propriété incommutable de la chose donnée : une condition résolutoire affecte son droit. Peut-il purger? Il ne faut pas qu'il y ait de doute sur ce point, puisque le Code prévoit cette hypothèse. Mais alors comment comprendre que le Code ait traité si sommairement de la purge des donations, si elle devait différer dans ses effets, et d'une

manière si sensible, de la purge au cas de vente? Il semble, à lire le Code civil, que la purge d'un bien donné diffère seulement de celle d'un bien vendu, en ce que dans le premier cas une estimation de la valeur de l'immeuble doit être faite par l'acquéreur. A cela près, les deux purges se ressemblent; mais si la purge d'une propriété résoluble doit donner d'autres résultats que la purge d'une propriété pure et simple, comme il n'est pas une donation qui ne puisse être résolue, il aurait bien fallu que le législateur, parlant des donations au point de vue de la purge, entrât sur ce point dans quelques détails. Il ne pouvait ne pas voir la question, la négliger comme il néglige quelquefois des hypothèses rares. Son silence prouve qu'il ne distingue pas quant aux effets la purge qui suit une aliénation pure et simple et celle qui suit une aliénation résoluble.

169 *bis*. XXXI. La théorie que nous appliquons aux aliénations résolubles d'après la loi doit, par la nature même des raisons sur lesquelles nous l'appuyons, s'étendre jusqu'aux aliénations consenties sous une condition résolutoire expresse, et en particulier jusqu'aux ventes à réméré. Elle présente cet avantage pratique que toute adjudication sur surenchère qui laisserait l'adjudicataire exposé à une condition résolutoire, et spécialement à l'exercice d'un droit de réméré, ne trouverait pas d'enchérisseurs, ou ne les trouverait qu'à vil prix, contrairement au vœu de la loi, qui n'autorise la purge, atteinte grave aux droits des créanciers, que parce qu'elle prend toutes les précautions possibles pour que le prix de l'adjudication représente la plus haute valeur vénale de l'immeuble.

On a cependant soutenu que l'adjudication sur la surenchère laissait la propriété affectée de la condition résolutoire et l'adjudicataire exposé à la résolution de son droit. On a dit que le créancier qui surenchérit « prend l'acquisition telle qu'elle a été faite et ne change que le prix; qu'il n'a pas le droit de faire abstraction des clauses de l'acte d'acquisition qui lui a été notifié, et par une surenchère d'arriver, comme par une saisie, à l'expropriation de l'immeuble hypothéqué. La preuve en est dans l'article 837 du Code de procédure civile : l'acte d'aliénation sera déposé au greffe et tiendra lieu de minute d'enchère (1). »

(1) V. art. de M. Labbé. *Revue critique*, t. VIII, p. 222.

Les premières phrases du passage que nous venons de citer contiennent surtout une affirmation de la théorie, la démonstration se trouve dans les dernières lignes; elle résulte d'une disposition du Code de procédure, dont la portée nous paraît quelque peu exagérée. C'est avant tout une règle de forme, une précaution introduite dans la loi en vue de l'économie des frais qu'entraînerait la rédaction d'un nouveau cahier d'enchères; mais pour trouver dans cette disposition la preuve que l'adjudication sur surenchère est conditionnelle, il faudrait que la publicité résultant du dépôt de l'enchère ou du titre qui la remplace fût uniquement ou au moins principalement destinée à renseigner les futurs adjudicataires sur les modalités auxquelles leur droit sera soumis; il faudrait surtout que le droit de l'adjudicataire dût être exactement sur tous les points le même que le droit de l'acquéreur qui purge.

Quand l'article 837 du Code de procédure considère l'acte d'aliénation comme tenant lieu de la minute d'enchère, c'est que tous les renseignements que doit contenir la minute d'enchère doivent, par la force des choses, se trouver dans cet acte; ce sont, aux termes de l'article 690 du Code de procédure : la désignation des immeubles, les conditions de la vente, et une mise à prix. L'acte d'aliénation contiendra certainement la désignation des immeubles; la mise à prix est le résultat de la surenchère, et non pas de l'acte d'aliénation, qui est peut-être une donation. Restent donc les conditions de la vente. Il est bien certain que l'article 690 n'entend pas désigner par ces mots les modalités auxquelles serait soumis le droit de l'adjudicataire, puisqu'il s'agit dans cet article des conditions de la vente sur saisie, et que cette vente ne peut pas être subordonnée à une condition proprement dite. Ce que l'article entend ici par conditions, ce sont les clauses de l'adjudication, les charges que l'adjudicataire devra supporter en sus du prix. Il suffit d'examiner une minute d'enchère pour être convaincu que nous n'altérons pas le sens pratique que le mot *condition* a reçu dans l'article 690. Dans le modèle que nous fournit le *Dictionnaire de procédure* par Bioche et Goujet (1), nous voyons une partie de l'enchère qui est intitulée : *Conditions de la vente,*

(1) V. Bioche et Goujet, *Supplément au Dictionnaire de procédure*, p. 211, édit. 1842.

et qui se compose de clauses diverses, notamment sur la garantie, sur l'obligation de subir les servitudes, sur l'entrée en jouissance, sur l'entretien des baux, sur l'interdiction de détériorer l'immeuble avant le paiement intégral du prix. Voilà les conditions que l'article 837 veut porter à la connaissance du public; elles sont usuelles, quelques-unes n'ont pas besoin d'être stipulées, parce qu'elles ne sont que la reproduction des règles légales. Ces renseignements, les principaux d'entre eux au moins, se trouveront dans l'acte d'aliénation, et cela explique comment il remplace la minute d'enchère, sans qu'il soit besoin de trouver dans l'article 837 la consécration presque clandestine d'une règle aussi dangereuse pour les tiers et pour les créanciers que celle qui ferait de l'adjudicataire un propriétaire sous condition résolutoire, parce que l'aliénation première avait été résoluble.

Si, abandonnant l'article 837, nous cherchons la pensée de la loi dans l'article 836 qui statue sur les placards, sur la grande publicité donnée à la revente, nous ne voyons pas que les conditions de la première aliénation, surtout la condition résolutoire, soient indiquées dans ces placards; l'énumération des mentions que doivent contenir les placards comprend le prix ou l'évaluation, le montant de la surenchère, les noms des parties, l'indication sommaire de la nature et de la situation des biens, etc. Le Code de procédure n'exige pas la mention de la condition résolutoire qui affectait l'aliénation primitive, et qui serait sans aucun doute la mention la plus indispensable, si elle devait affecter le droit de l'adjudicataire. On ne dira pas que le 1° de l'article demandant l'indication de la nature du titre, demande implicitement l'indication de la condition qui affecte ce titre. On sous-entendrait ainsi un point bien important et que le législateur aurait mis en saillie, s'il avait pensé que l'adjudicataire avait intérêt à avoir ce renseignement. Ce serait, du reste, abuser des mots que d'entendre ainsi les expressions de la loi; indiquer la nature du titre, c'est dire si c'est une vente, un échange, une donation; mais dire que l'aliénation est conditionnelle et surtout quelle est la condition, ce n'est plus parler de la nature du titre, c'est pénétrer dans les détails, indiquer les clauses mêmes contenues dans le titre, et l'article 836 n'exige pas des indications aussi circonstanciées.

Passant maintenant des règles de forme aux règles de fond,

nous trouverons encore dans le Code de procédure la preuve que l'adjudicataire sur surenchère ne prend pas le marché tel que l'avait fait l'acquéreur qui purge, qu'il acquiert en vertu d'un titre nouveau qui lui est propre. L'article 838 dit que les effets de l'adjudication à la suite de surenchère sur aliénation volontaire seront réglés, à l'égard du vendeur et de l'adjudicataire, par les dispositions de l'article 717, et cet article règle la transmission directe de la propriété du saisi à l'adjudicataire ; celui-ci n'a pas d'autres droits que ceux du saisi, c'est-à-dire qu'il a les droits du saisi ; le vendeur dont parle l'article 838, c'est l'aliénateur dont l'acte a occasionné la purge ; son droit était un droit pur et simple avant l'acte d'aliénation ; donc il transmet à l'adjudicataire un droit pur et simple.

Nous avons dit en outre que la conversion de l'acte d'aliénation en minute d'enchère n'avait pas pour conséquence que le droit de l'acquéreur qui purge et le droit de l'adjudicataire fussent absolument identiques. Supposez, par exemple, que l'immeuble hypothéqué a été grevé d'une servitude par son propriétaire, que la constitution de ce droit a été transcrite, l'acquéreur postérieur est forcé de respecter cette servitude ; peut-être même existe-t-il sur ce point une clause dans l'acte de vente ; mais au regard des créanciers hypothécaires, cette servitude n'existe pas, et la revente sur surenchère impliquerait, d'après ce que nous avons dit plus haut, que l'adjudicataire prendrait l'immeuble libre de la servitude. De même on a jugé (1) que si l'acquéreur a été dispensé par le contrat de payer les intérêts de son prix pendant un temps déterminé, l'adjudicataire doit néanmoins les intérêts de son prix. Enfin, quand un donataire purge, l'adjudicataire qui paie un prix pour avoir l'immeuble ne prend certes pas identiquement la situation de l'acquéreur dépossédé.

De ces différents exemples il résulte que l'article 837 du Code de procédure n'impose pas la solution que nous combattons et n'identifie pas le titre d'acquisition de l'adjudicataire avec le titre de l'acquéreur qui a purgé.

169 *bis*. XXXII. Nous nous convaincrons mieux encore de l'exactitude de notre doctrine en examinant dans ses conséquences la doctrine adverse. Elle a pour résultat pratique bien certain la

(1) V. C. cass. 28 décembre 1806, Sirey, *Coll. nouv.*, t. II, 1, 227.

quasi-impossibilité de trouver un surenchérisseur ou un adjudicataire, puisque ce surenchérisseur ou l'adjudicataire sur la surenchère n'acquerrait qu'une propriété résoluble, sous une condition qui peut rester bien longtemps en suspens, car nous ne raisonnons pas seulement sur le cas de vente à réméré, mais nous songeons à toutes sortes de conditions résolutoires, nous pensons surtout aux résolutions résultant des règles sur la réduction ou sur la survenance d'enfant. Faute d'enchérisseur probable, on manquera de surenchérisseur, et les créanciers ne trouveront pas dans cette purge les garanties que cette procédure doit leur donner. Ils auront, il est vrai, la chance d'avoir pour gage la propriété pure et simple, si la condition résolutoire s'accomplit et remet les choses aux mains de l'aliénateur; mais dans le cas contraire, ils risquent de recevoir un prix bien inférieur à la valeur de la chose, et cela sans fraude, car il est naturel que l'acquéreur sous condition résolutoire ait, dans le contrat primitif, donné de la chose un prix inférieur à sa valeur réelle, ou que, s'il est donataire, il l'ait estimée à bas prix.

169 *bis*. XXXIII. L'auteur du système que nous combattons a pressenti cette objection, et le procédé qu'il emploie pour la détruire nous paraît démontrer que sa théorie n'est pas celle de la loi. Il envisage surtout la situation de l'acheteur qui a purgé et contre lequel il n'a pas été fait de surenchère; mais comme il a dit que les créanciers doivent en surenchérissant respecter le contrat, il nous paraît certain qu'il met l'adjudicataire dans la position même qu'il fait à l'acquéreur pour le cas où il n'y a pas eu surenchère. Dans ces deux hypothèses, la solution est celle-ci : quand la condition résolutoire aura défailli, l'acquéreur qui a purgé ou l'adjudicataire sur surenchère sera devenu propriétaire pur et simple; il aura complété sa propriété, fait une nouvelle acquisition, et sur la portion de l'immeuble nouvellement acquise il devra faire une nouvelle purge. La pensée de notre savant ami et collègue est évidemment qu'on arrivera ainsi à donner en deux fois aux créanciers la valeur totale de l'immeuble, et que si l'offre et l'adjudication relatives à une propriété résoluble ont dû donner des résultats insuffisants, moyennant la seconde purge, les droits des créanciers sont sauvegardés (1).

(1) V. M. Labbé, article précité, p. 224.

Cette seconde purge nous paraît impossible au point de vue juridique et au point de vue pratique; il nous semble d'abord que la notion juridique de la propriété conditionnelle ne permet pas de considérer le propriétaire sous condition résolutoire comme acquérant une propriété nouvelle et distincte quand sa propriété devient pure et simple, à raison même de sa propre nature, par la défaillance de la condition.

Ce propriétaire n'est pas l'ayant cause de l'aliénateur quant aux actes que celui-ci aurait faits depuis l'aliénation conditionnelle; donc il n'y a pas acquisition de propriété. Il s'opère dans le droit du propriétaire conditionnel une simple transformation prévue lors de sa constitution; c'est une transformation naturelle, ce n'est pas une acquisition. On allègue que le nu propriétaire devrait purger quand l'usufruit se réunit à la nue propriété, et que l'usufruitier n'avait pas lui-même purgé. Nous croyons que la question est la même, et que si l'usufruit est éteint au moins par la mort de l'usufruitier ou toute autre cause normale, il n'y a pas lieu à purge nouvelle.

169 *bis*. XXXIV. Voilà les raisons juridiques; mais si l'on examine la doctrine au point de vue pratique, on est de plus en plus convaincu. Elle établit que l'acquéreur qui a conservé la chose faute de surenchère ou que l'adjudicataire doit purger quand la condition résolutoire vient à défaillir. Mais cette purge nouvelle a besoin d'une réglementation particulière, parce qu'elle ne rentre pas dans les prévisions du Code civil. Il sera donc fait une offre représentant la valeur que gagne le droit du propriétaire à n'être plus résoluble. Si les créanciers acceptent l'offre, rien n'est plus simple; mais s'ils veulent refuser, comment faire? comment organiser une surenchère? que pourrait-on remettre aux enchères? l'ancien droit de propriété sous condition suspensive qui était la contre-partie du droit sous condition résolutoire? On ne peut certes pas le faire revivre. Mettra-t-on aux enchères la propriété pure et simple de l'immeuble? Il faudrait alors faire des offres d'un prix pour toute la propriété, c'est-à-dire purger sur ce qui a été purgé, surenchérir sur ce qui a été l'objet d'une surenchère. Le système que nous examinons propose de faire juger par le tribunal, après un rapport d'experts, si le supplément de prix offert est suffisant, et faute de payer le prix fixé par les experts, il admet qu'en vertu de l'action hypothécaire le propriétaire pourra être

exproprié de l'immeuble en toute propriété. C'est là toute une création, toute une organisation de procédure; c'est un mode de purge tout à fait étranger au système du Code, qui est édifié tout entier sur la base d'une surenchère suivie d'adjudication; quand l'interprète de la loi est obligé de créer ainsi une procédure entière pour mettre en œuvre une théorie, c'est, nous le croyons fermement, que cette théorie n'est pas celle du législateur : les efforts mêmes qu'on fait pour la faire vivre protestent contre elle.

169 *bis*. XXXV. Pour compléter nos observations critiques sur le procédé qu'on propose pour purger, dans l'intérêt du propriétaire dont le droit résoluble devient pur et simple, nous ferons remarquer qu'une expertise sérieuse est absolument impossible. Pour apprécier le bénéfice que fait en pareil cas le propriétaire, il faut tenir compte de la nature de la condition et des chances qu'elle avait de se réaliser ou de défaillir; or cette condition dépendra souvent de la volonté d'une des parties ou d'un tiers. Dans le cas de réméré, il s'agit de la volonté du vendeur; où est la base d'une appréciation fondée sur le désir qu'aura ou n'aura pas le vendeur de recouvrer sa chose? comment juger si le vendeur avait des chances de réunir l'argent nécessaire? Dans d'autres cas, c'est de la volonté capricieuse d'un étranger que dépendra la condition. Quand il s'agira d'une donation, où trouver un calcul de probabilités qui dira combien le donateur avait de chances pour avoir un enfant? La difficulté sera plus grande encore sur les donations exposées à la réduction; car il faudrait estimer, pour toute donation faite par une personne mourant sans héritiers à réserve, les chances qu'elle avait de conserver ses ascendants ou ses enfants jusqu'à sa mort; si elle avait chance d'avoir des ascendants dans les deux lignes, tel ou tel nombre d'enfants, si l'on pouvait supposer que sa fortune serait ou non suffisante pour que la quotité disponible ne fût pas dépassée. Il faudrait, en un mot, non seulement déterminer par présomption les chances de réduction, mais le *quantum* même de la réduction. Ce sont toutes ces difficultés qui rendent, selon nous, impraticable la double purge dans l'hypothèse que nous avons étudiée.

169 *bis*. XXXVI. Il nous faut maintenant parler du cas où l'aliénation a été faite sous condition suspensive et rechercher si l'acquéreur a le droit de purger. Nous pensons qu'il n'aurait pas ce droit. Nous avons cependant reconnu au tome V, n° 100 *bis* II,

que le créancier conditionnel a un droit et non pas seulement une espérance, comme disaient les Romains; au n° 100 *bis* III, que ce créancier devient, par l'effet de la convention, propriétaire sous condition suspensive, quand l'objet promis est un corps certain. Il y a donc, au cas de contrat sous condition suspensive, une acquisition et un acquéreur, mais les règles mêmes sur les droits soumis à des conditions suspensives s'opposent à ce que cet acquéreur puisse purger. Il faut tenir compte de l'article 1180, qui parle, il est vrai, du créancier conditionnel, mais dont la disposition régit certainement le propriétaire conditionnel, puisque le Code n'a pas réglementé la propriété sous condition et que, d'après l'article 1138, la qualité de propriétaire est la conséquence de la qualité de créancier d'un corps certain. L'article, en accordant à celui qui a un droit suspendu par une condition la faculté de faire des actes conservatoires, reconnaît implicitement qu'il ne peut faire que ces actes, et alors la question que nous agitons se réduit à celle de savoir si la purge est un acte conservatoire. Cela nous paraît impossible à admettre, puisque c'est une opération qui, au lieu de maintenir le *statu quo*, a pour résultat de provoquer la surenchère, c'est-à-dire d'exposer celui qui purge à une expropriation immédiate de la chose acquise. L'acquéreur n'a pas d'ailleurs intérêt à purger, car il ne s'agit pas pour lui d'assurer actuellement la possession tranquille de l'immeuble, et si les créanciers veulent user de leurs droits, ou ils poursuivront seulement le propriétaire sous condition résolutoire, ce qui laisse intacts les droits de l'acquéreur sous condition suspensive; ou, ce qui est plus probable, ils mettront ce dernier en cause, l'adjudication aura lieu contradictoirement avec lui, de sorte que ses droits seront sauvegardés et qu'il aura même, s'il le veut, le droit de se porter adjudicataire, ce qui lui attribue, moyennant un certain prix, la propriété pure et simple de la chose, sauf son recours contre l'aliénateur, s'il y a lieu : c'est le résultat qu'il aurait obtenu en purgeant (1).

169 *bis*. XXXVII. Nous avons jusqu'ici supposé que la propriété conditionnelle était née d'une convention qui avait constitué uniquement en faveur d'un acquéreur un droit suspendu ou résoluble, réservant à l'aliénateur le droit inverse, qui en est la contre-

(1) V. M. Labbé, article précité, p. 220.

partie, c'est-à-dire la propriété résoluble, quand on a constitué une propriété suspendue, un droit suspendu, quand on en a établi un résoluble. On peut concevoir une hypothèse plus rare, mais qui sera régie par les mêmes principes. L'aliénateur n'aura rien réservé; il aura, par exemple, donné ou vendu par un même acte à Pierre la propriété sous condition résolutoire, et à Paul la propriété sous condition suspensive. Au premier la propriété résoluble sous la condition *si navis ex Asia venerit*, au second la propriété sous la condition suspensive *si navis ex Asia venerit*.

D'après ce que nous avons dit, l'acquéreur sous condition suspensive ne pourra pas purger. L'acquéreur sous condition résolutoire purgera, et les résultats de sa purge seront les suivants : si ses offres sont acceptées, sa propre acquisition se trouve confirmée : il reste propriétaire sous condition résolutoire; l'événement arrivant, comme la propriété de l'autre acquéreur n'a pas été purgée, elle sera exposée à l'action hypothécaire, et le droit de purge naîtra; l'acquéreur alors purgera sur la propriété pure et simple, mais les sommes payées par l'acquéreur sous condition résolutoire, diminuant la charge hypothécaire, pourront être par lui répétées au rang des créanciers qu'il aura désintéressés.

Si les offres sont suivies d'une surenchère et que l'acquéreur sous condition résolutoire, celui qui a fait ces offres, reste adjudicataire, la situation sera réglée comme la précédente, puisque nous avons dit que l'adjudication ne faisait que confirmer son acquisition.

169 *bis*. XXXVIII. Si, au contraire, la surenchère est suivie d'une adjudication au profit d'un étranger, cet adjudicataire deviendra propriétaire pur et simple; le droit du propriétaire sous condition suspensive périra; il était né soumis à cette éventualité d'une purge, et l'acquéreur sous condition suspensive devait s'attendre qu'une purge ayant lieu, la propriété pure et simple pourrait être adjugée; il a acquis dans ces conditions : l'adjudication d'ailleurs ne se fait pas en dehors de lui, car le Code de procédure (art. 837) lie à la procédure l'ancien propriétaire, ce qui comprend bien les anciens propriétaires quand ils sont plusieurs, et ici ils étaient deux, puisque l'un avait la propriété résoluble et l'autre la propriété suspendue par une condition. Ce propriétaire veillera donc à ses intérêts, et si par l'effet de la surenchère l'immeuble est vendu pour un prix supérieur au montant des créances hypothécaires, l'excédent appartiendra aux deux propriétaires condition-

nels, sous les conditions inverses qui affectaient leur droit de propriété : celui qui n'a qu'un droit sous condition suspensive sera créancier conditionnel de cet excédent qu'aura encaissé l'autre propriétaire, et il pourra prendre des mesures conservatoires pour protéger cette créance éventuelle.

170. La première condition à remplir par l'acquéreur qui veut purger, c'est la transcription, c'est-à-dire la copie entière de son titre sur les registres du conservateur. Cette formalité, qui, hors le cas de donation (v. art. 939-942), ne paraissait exigée par le Code que sous ce seul rapport, tendait à procurer aux créanciers une connaissance facile et complète des conditions de l'aliénation, et à les éclairer par là sur le parti qu'ils auront à prendre. C'est naturellement au bureau de la situation que la transcription doit s'opérer : elle se fait sur un registre spécial, différent, par conséquent, du registre des inscriptions ; et comme il importe à celui qui la requiert de pouvoir justifier de l'accomplissement de cette formalité, le conservateur doit lui en donner reconnaissance. V. art. 2181.

170 *bis*. I. *Formalités de la purge.* — La première, c'est la transcription de l'acte translatif de propriété. Dans la pensée des rédacteurs du Code civil, cette formalité ne pouvait avoir d'autre but que de fournir aux créanciers des renseignements plus complets que ceux qui leur seront offerts sous une forme sommaire par les notifications à fin de purge qui seront faites en vertu de l'article 2183. La disposition de l'article 2181 était du reste un vestige du système de publicité introduit par la loi du 11 brumaire an VII, et que le projet du Code civil n'avait pas abandonné. La transcription était nécessaire pour que l'acquéreur fût propriétaire *erga omnes*, et il était naturel que cet acquéreur ne pût purger qu'après avoir ainsi consolidé sa propriété.

Sous l'empire du Code de procédure, la nécessité de la transcription apparaît bien plus sérieuse, puisque les inscriptions peuvent être prises après l'aliénation jusqu'à la transcription et dans la quinzaine qui suit l'accomplissement de cette formalité. La purge n'aurait pas eu de raison d'être tant que le tiers détenteur ne s'était pas garanti contre de nouvelles inscriptions. Depuis la loi du 23 mars 1855, la transcription est redevenue nécessaire au

point de vue de la translation de propriété; elle arrête à sa date la prise des inscriptions : deux raisons pour qu'une purge ne puisse pas être commencée avant que la transcription ait été faite.

170 *bis*. II. L'article 2181, qui établit comme première condition de la purge une transcription, parle de la transcription des contrats. Dans l'article 2182, il est également question de la transcription des titres translatifs de propriété; dans l'article 2183, 2°, ce n'est plus en employant le pluriel que la loi s'exprime; elle veut un extrait de la transcription *de l'acte de vente*. Ces textes ne s'expliquent pas d'une façon nette et précise sur le cas où l'acte d'aliénation qui donne lieu à la purge aurait été précédé d'autres aliénations consenties par les propriétaires précédents, et qui n'auraient pas été transcrites. L'acquéreur qui purge doit-il faire transcrire tous les actes antérieurs au sien qui n'ont pas été l'objet d'une transcription, ou peut-il se contenter de faire transcrire l'acte par lequel son auteur immédiat lui a transféré la propriété? La solution de cette question dépend des principes que l'on adopte, sur les effets de la transcription en tant qu'elle arrête le cours des inscriptions. Nous pensons que la transcription de l'acte d'aliénation le plus récent ne prive pas du droit de s'inscrire les créanciers dont les privilèges ou les hypothèques étaient nés du chef d'un ancien propriétaire, alors que l'acte d'aliénation consenti par ce propriétaire n'a pas été transcrit; en d'autres termes, qu'il faut, pour que le détenteur actuel soit parfaitement à l'abri des hypothèques non inscrites, non seulement qu'il ait fait transcrire son propre titre d'acquisition, mais que toute la série des aliénations antérieures ait été l'objet de transcriptions.

170 *bis*. III. Dans les explications que nous avons données plus haut (n° 147 *bis*), sur le moment où les créanciers perdent le droit de suite, nous avons supposé qu'il s'agissait uniquement des créanciers de l'aliénateur qui est l'auteur direct et immédiat du détenteur actuel; nous nous préoccupons maintenant d'une hypothèse moins simple, celle où il existe des créanciers hypothécaires dont les droits sont nés du chef de plusieurs propriétaires successifs du même immeuble.

Il ne s'élèvera pas de difficultés si tous les actes d'aliénation ont été successivement transcrits; chaque transcription a éteint les droits des créanciers qui n'avaient pas encore fait inscrire leur hypothèque, et ces droits ne peuvent pas revivre contre les sous-

acquéreurs quand ils ont été éteints par rapport à un acquéreur précédent.

170 *bis*. IV. Il en est autrement lorsque quelques-uns de ces actes d'acquisition n'ont pas été transcrits ; il faut se demander si la transcription de la dernière aliénation dégrève complètement l'immeuble de toutes les hypothèques non inscrites, quel que soit le propriétaire du chef duquel ces droits sont nés ; si, par exemple, les créanciers hypothécaires d'un propriétaire ancien peuvent, après plusieurs mutations non transcrites, être privés du droit de s'inscrire, parce que le quatrième ou cinquième sous-acquéreur aura fait transcrire son acte d'acquisition. *Exemple :* Un immeuble a été vendu en 1876 et revendu en 1877. La dernière vente a seule été transcrite. Le détenteur ne peut certes pas être inquiété par les créanciers de son auteur direct, qui n'étaient pas inscrits avant la transcription de son titre, c'est-à-dire de la vente qui date de 1877. Mais les créanciers dont les droits sont nés du chef du propriétaire qui a vendu en 1876 sont-ils dépouillés du droit de s'inscrire, parce que l'acte de 1877 a été transcrit? L'article 6 de la loi de 1855 répond négativement à cette question, car l'effet qu'il attribue à la transcription, c'est de rendre inutiles les inscriptions prises *sur le précédent propriétaire*. S'il avait entendu que la transcription dégrèverait l'immeuble de tous les droits non inscrits, de quelque chef qu'ils fussent nés, il aurait dit qu'après la transcription opérée il ne pourrait plus être pris inscription utilement *sur les précédents propriétaires*. La loi ne s'est pas exprimée ainsi, et c'est avec raison, car son but principal est de protéger les tiers par la publicité des mutations de propriété, et d'après le mécanisme des bureaux de conservation d'hypothèques, les tiers seraient exposés à des erreurs bien préjudiciables si la transcription d'une vente purgeait les droits non inscrits nés du chef d'un ancien propriétaire qui aurait aliéné l'immeuble sans que l'acte qui contient cette aliénation eût été transcrit.

Nous l'avons déjà dit, les renseignements que peuvent fournir les bureaux d'hypothèques se rattachent exclusivement aux noms des propriétaires, et non pas à la désignation des immeubles ; si l'on peut détourner des expressions latines du sens qu'elles ont dans un langage juridique exact, on peut dire que les registres sont tenus *non in rem, sed in personam*. Il en résulte que des tiers qui voudraient traiter avec le propriétaire qui a vendu en 1876 et

qui voudraient savoir si la chose est restée sienne, ne trouveraient aucun avertissement dans le registre du conservateur. La transcription faite en 1877 ne constatant pas un contrat entre cet ancien propriétaire et le détenteur actuel, le conservateur certifierait qu'il n'existe pas de transcription d'une aliénation consentie par celui qui a vendu en 1876; on pourrait donc acheter de lui l'immeuble ou recevoir de lui des hypothèques, et si les droits acquis à la suite de ces renseignements tombaient à cause de la transcription de la vente de 1877, les acquéreurs et les créanciers seraient lésés sans avoir pu se mettre à l'abri (1).

170 *bis*. V. Voici pourquoi la loi de 1855 n'a pas posé en règle que la transcription d'une aliénation équivaudrait à la transcription de toutes les aliénations antérieures; voilà par conséquent pourquoi il faut appliquer à la lettre l'article 7 de la loi qui déclare seulement inutiles les inscriptions sur *le précédent propriétaire*.

170 *bis*. VI. Indépendamment de ces arguments de texte et de pratique, il en est un qui s'appuie sur le fond même de la théorie consacrée par la loi de 1855. Il résulte en effet de cette loi qu'une vente non transcrite ne peut être opposée aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés en se conformant aux lois. Or la vente consentie en 1876 n'ayant pas été transcrite, les créanciers hypothécaires du propriétaire qui a consenti cette vente, qu'ils aient acquis leur droit avant ou depuis cette vente, peuvent prendre inscription et assurer leurs droits contre l'effet de toute transcription ultérieure. L'immeuble est resté, quant à eux, dans le patrimoine de leur débiteur, puisque l'acte qui dépouille ce débiteur n'a pas été transcrit et qu'ils ne peuvent être sérieusement prévenus que par une transcription opérée sur lui.

170 *bis*. VII. On a quelquefois essayé de se soustraire aux conséquences rigoureuses de notre doctrine en mentionnant dans le dernier acte d'aliénation les aliénations antérieures et les propriétaires qui les ont consenties : on a alors assimilé la transcription de ce dernier acte à une transcription de tous les actes antérieurs. Mais il est bien certain que cette pratique ne saurait remplacer la

(1) Ce point a été très nettement éclairci dès 1855 dans un article de notre savant collègue M. Humbert, aujourd'hui professeur honoraire à la Faculté de Toulouse, ancien procureur général près la Cour des comptes et ancien Garde des Sceaux. — *Revue historique*, t. Ier, 1855, p. 464 et suiv.

formalité exigée par les articles 1, 2 et 3 de la loi de 1855; car cette simple mention ne constitue pas une transcription, c'est-à-dire une copie littérale des actes. En fait, elle n'est pas équivalente, car le conservateur n'est pas astreint à extraire de l'acte transcrit le nom des anciens propriétaires et d'en conserver la liste pour renseigner ensuite les tiers sur ces diverses mutations; il ne connaît officiellement que le propriétaire qui joue le rôle d'aliénateur dans l'acte transcrit; le nom de celui-ci se trouve seul sur ses tables alphabétiques, et jamais les certificats délivrés ne pourront prévenir le public des aliénations dont le souvenir n'est conservé que par occasion, dans l'acte transcrit sur un autre aliénateur (1).

170 *bis*. VIII. Ceci posé, nous sommes nécessairement amené à reconnaître que le détenteur qui purge alors qu'il a seul transcrit son titre, tandis que les précédents propriétaires n'ont pas transcrit les leurs, ne libère pas son immeuble des privilèges ou hypothèques non inscrites, qui sont nées du chef des précédents propriétaires dont la propriété a été aliénée par des actes entre-vifs non suivis de transcription. Les créanciers à qui appartiennent ces privilèges ou ces hypothèques n'ont pas perdu, par la transcription du dernier acte, le droit de s'inscrire, et ce ne sont pas les formalités d'une purge à laquelle ils sont étrangers, les notifications qui ne leur sont pas adressées, qui pourraient les dépouiller de leur droit hypothécaire.

170 *bis*. IX. Ce n'est pas à dire toutefois que la purge est inutile. Les articles du Code civil que nous avons tout d'abord cités n'obligent pas, à peine de nullité, à transcrire les anciens contrats. L'acquéreur qui a transcrit son contrat d'acquisition et fait les notifications exigées par l'article 2183 aux créanciers inscrits, aura purgé son immeuble d'abord de tous les droits non inscrits, existant du chef des divers propriétaires sur lesquels il a été fait des transcriptions, ensuite de tous les droits inscrits du chef de son auteur direct, enfin de tous les privilèges et hypothèques inscrits sur les anciens propriétaires, quand il aura lié les créanciers garantis par ces privilèges et ces hypothèques à la procédure de purge, en leur adressant les notifications à fin de purge et en les comprenant dans le tableau à trois colonnes qui doit, dans les noti-

(1) V. Mourlon, *Traité de la transcription*, t. II, p. 251 et suiv., édit. 1862.

fications, renseigner les divers créanciers sur le nombre et l'importance des droits d'hypothèque qui grèvent l'immeuble.

Nous attribuons donc à la purge un effet en quelque sorte relatif. C'est la conséquence de ce que nous avons dit sur l'effet des transcriptions et ensuite des règles que nous étudierons bientôt sur l'article 2183, d'où il résultera que la purge n'est pas nulle à raison de ce qu'un créancier inscrit n'a pas reçu la notification à fin de purge, mais que le seul effet de cette omission est que l'immeuble n'est pas dégrevé de l'hypothèque dont le titulaire n'a pas été dûment prévenu par une notification.

171. La transcription est un élément nécessaire de la purge, mais elle ne suffit pas seule pour l'opérer. Ce n'est qu'un moyen de rendre public l'acte translatif de propriété. Or, évidemment, la vente, disons mieux, l'acte quelconque qui tend à l'aliénation, ne peut transmettre à l'acquéreur que les droits de son auteur. Conséquemment, la transmission ne s'opère que sous l'affectation des privilèges et hypothèques auxquels appartient le droit de suite. V. art. 2182.

171 *bis*. Il est inutile d'insister sur l'idée principale de l'article; le droit de suite serait un vain mot s'il suffisait, pour l'anéantir, de transcrire un acte d'aliénation.

Mais il est nécessaire de faire remarquer que c'est dans l'article 2182 que se trouve, un peu cachée il est vrai, l'abrogation du système de la loi du 11 brumaire an VII, sur la transcription. La question agitée sur la conservation de ce système avait été ajournée par l'article 1140, puis par l'article 1583. Elle était décidée par les articles 91 et 92 du projet du Code civil, qui reproduisaient presque textuellement les articles 26 et 28 de la loi de brumaire.

L'article 91, qui contenait le principe, a complètement disparu dans le projet présenté définitivement par le gouvernement et voté par le Corps législatif. L'article 92, qui reproduisait l'article 28 et qui est devenu l'article 2182, a subi un remaniement qui montre chez ses rédacteurs l'intention de laisser dans l'ombre la question discutée par le Conseil d'État sur l'utilité de la transcription au point de vue de la translation de propriété. En effet, l'article 28 de la loi de brumaire disait : « La transcription transmet à l'acquéreur les droits que le vendeur avait à la propriété de l'immeuble,

mais avec les dettes et hypothèques dont cet immeuble est grevé. » Le Code civil a dénaturé la phrase, pour qu'il ne parût pas que la transcription fût translative de propriété, et après avoir dit dans un premier alinéa que la transcription ne purge pas l'immeuble, il reproduit presque complètement la formule de la loi de brumaire, en changeant le sujet du verbe *transmettre* et en disant : *le vendeur ne transmet* à l'acquéreur que la propriété et les droits qu'il avait, au lieu de : *la transcription transmet* à l'acquéreur les droits que le vendeur avait.

172. L'acquéreur qui veut purger ne doit pas se borner à faire transcrire son titre, il faut en outre qu'il provoque par un acte formel l'option des créanciers entre les deux partis qui leur sont ouverts : recevoir le prix de l'acquisition, ou faire revendre le bien aux enchères. Cet acte doit, d'abord, leur fournir les principaux renseignements propres à les fixer sur le parti qu'ils ont à prendre. C'est dans cette vue qu'on leur notifie :

1° Un extrait du titre, indiquant, suivant le mode prescrit par la loi, la date et la nature de ce titre, le vendeur ou donateur, le bien aliéné, enfin le prix de vente avec les charges qui en font partie, ou l'évaluation de la chose donnée ;

2° Un extrait de la transcription, à laquelle ils pourront recourir pour avoir de plus amples détails;

3° L'état dressé, dans la forme légale, des créances existant sur le bien aliéné.

Le même acte doit contenir offre de les payer, soit que leurs créances soient ou non exigibles, jusqu'à concurrence du prix stipulé ou déclaré. Cet acte doit être signifié (avec constitution d'avoué, C. Pr., art. 832, al. 1) aux créanciers inscrits; et ce, dans le mois au plus tard de la première sommation faite à l'acquéreur, aux termes de l'article 2169. La signification se fait au domicile élu dans l'inscription (par le ministère d'un huissier commis, C. Pr., art. 832, al. 1). V. art. 2183, 2184.

172 *bis*. I. Avant d'étudier la procédure de purge dans ses détails, il est utile, pour bien comprendre l'enchaînement des articles, de

résumer brièvement, et par anticipation, les règles que nous allons étudier, afin d'avoir un aperçu sommaire de l'ensemble de cette procédure.

L'acquéreur a transcrit son titre; il donne alors avis de son acquisition aux créanciers inscrits, il leur offre le prix qu'il a promis de payer, ou s'il est donataire, le prix qu'il consent à payer, en déclarant qu'il est prêt à payer immédiatement ce prix aux créanciers inscrits dans l'ordre de leurs hypothèques.

Les créanciers manifestent leur volonté d'accepter ce prix en laissant passer sans agir un délai de quarante jours.

Celui des créanciers qui ne veut pas se contenter de ce prix manifeste son refus par une réquisition de mise aux enchères, signifiée dans les quarante jours.

Mais il ne peut requérir la vente aux enchères qu'en s'obligeant lui-même à prendre l'immeuble pour un dixième en sus du prix offert, s'il ne se présente pas d'enchérisseur achetant l'immeuble au moins moyennant le prix offert, augmenté d'un dixième. Cette réquisition de vente s'appelle *surenchère*.

Ce système sauvegarde tous les intérêts, car l'acquéreur ne risque rien. S'il a eu soin de purger avant de payer son vendeur, il ne paie pas deux fois, et ne paie pas au delà du prix fixé par le contrat ou qu'il fixe lui-même en cas de donation.

Le seul risque qu'il court, c'est, au cas de surenchère, de ne pas profiter de l'acquisition, qu'il avait plutôt tentée que consommée.

Quant aux créanciers, tout ce qu'ils peuvent raisonnablement demander, c'est qu'on leur paie le prix réel de l'immeuble, et les précautions de la loi, notamment la faculté qu'ils ont de surenchérir, les assurent contre les chances d'une vente à bas prix.

172 *bis*. II. Le détenteur a le droit de purger tant que les créanciers ne l'ont pas poursuivi hypothécairement, mais des poursuites hypothécaires le mettent en demeure de remplir les formalités de purge s'il ne veut pas délaisser ou être exproprié. L'article 2183 limite à un délai d'un mois à partir de la première sommation qui lui est faite, le droit de commencer la procédure de purge.

Cette sommation, dont la loi ne précise pas ici le but et le caractère, est celle dont il est question à l'article 2169, qui commence contre le tiers détenteur la poursuite hypothécaire, en lui enjoignant de payer ou de délaisser. On ne comprendrait pas qu'il s'agît d'un

autre acte, par exemple, d'une sommation de purger. Acte inutile dont la loi ne parle pas, et qui n'aurait même pas une base juridique, puisque les créanciers hypothécaires n'ont pas le droit d'exiger que la purge ait lieu : la purge est *in facultate possessoris ;* elle ne peut être requise par les créanciers.

Il s'agit donc de la sommation de payer ou délaisser ; le délai dont elle est le point de départ est le même que celui qui doit, d'après l'article 2169, la séparer du premier acte de la poursuite à fin d'expropriation. Si l'un des articles dit *trente jours* et l'autre *un mois,* il y a là une différenee d'expression qui ne doit pas préoccuper l'interprète, puisque, lors de la rédaction et de la promulgation du Code civil, les mois du calendrier républicain, encore en vigueur, avaient une durée uniforme de trente jours.

172 *bis.* III. Cette sommation, qui, après trente jours, pourra priver le détenteur du droit de purger, a, d'après le Code civil, un effet exceptionnel : elle profite à tous les créanciers. On pourrait croire qu'en vertu de la règle *res inter alios acta,* elle n'est utile qu'au créancier qui l'a faite ; que celui-ci peut seul s'opposer à la purge, et qu'à l'égard des autres créanciers qui n'auraient pas fait un acte semblable, le détenteur pourrait purger, en désintéressant le créancier qui a fait la sommation. Mais le texte du Code ne permet pas d'appliquer ici la règle générale. En restreignant le droit de purger au cas où il s'exerce dans le mois de la première sommation, le Code montre bien qu'il donne à cette sommation un effet général ; si elle n'avait qu'un effet personnel, il n'eût pas été question d'une première sommation. Chaque créancier n'a pas à en faire plusieurs. Parler d'une première, c'est reconnaître qu'il peut en exister d'autres, émanées évidemment de divers créanciers ; dire que le délai court de la première, c'est reconnaître que cette première sommation profite à ceux qui en ont fait d'autres plus tard ; et ceci admis, la règle *res inter alios acta* est abandonnée, il n'y a plus de raison pour que la sommation ne profite pas même aux créanciers qui n'en ont pas signifié.

Il n'y a rien, d'ailleurs, de profondément anormal dans cette décision. Il n'est pas rare, dans les procédures, et en particulier dans les saisies ou les ordres, de voir les actes faits par un créancier produisant des effets par rapport aux autres. C'est le résultat que la loi consacre toutes les fois qu'elle admet le *créancier le plus diligent* à faire un acte quelconque.

172 *bis*. IV. Nous avons dit que l'acquéreur doit donner aux créanciers avis de son intention de purger. Il leur donne cet avis par une notification dont les articles 2183 et 2184 déterminent le contenu.

Cette notification contient d'abord un extrait du titre d'acquisition, qui comprend la désignation de l'aliénateur et celle du bien aliéné ; puis l'indication du prix et des charges faisant partie du prix, comme une rente viagère à payer, des contributions en retard à acquitter, une construction que l'aliénateur s'était obligé envers un voisin à faire, et que l'acquéreur édifiera à la décharge de l'aliénateur, etc. Les frais de contrat ne sont pas une charge faisant partie du prix; leur acquittement ne profite pas à l'aliénateur, ni par conséquent aux créanciers de celui-ci; ils ne doivent pas être offerts à ces créanciers comme une valeur qui servira à éteindre leurs créances hypothécaires.

Dans les charges faisant partie du prix, il ne faut pas comprendre les intérêts. En effet, alors même que l'acquéreur en serait débiteur (art. 1652), ces intérêts ne sauraient grossir le capital du prix de vente, qui doit être augmenté d'un dixième en cas de surenchère. Ils ne représentent pas une partie de la valeur de l'immeuble, mais seulement la jouissance de cette valeur même.

172 *bis*. V. L'immeuble peut avoir été aliéné à titre gratuit, et nous savons qu'il peut être l'objet d'une procédure de purge. Il est alors impossible d'énoncer dans les notifications le prix de l'immeuble. Cette énonciation est remplacée par une évaluation. L'acquéreur est libre de faire toute évaluation que bon lui semble; il indique la somme qu'il consent à sacrifier pour conserver l'immeuble. Si les créanciers la trouvent insuffisante, ils usent du droit de surenchérir, et s'ils ne surenchérissent pas, c'est qu'apparemment l'acquéreur offre un prix qui se rapproche beaucoup du prix réel.

172 *bis*. VI. Le Code n'a parlé de l'évaluation qu'à propos des aliénations à titre gratuit. Elle pourrait être nécessaire dans un cas d'acquisition à titre onéreux. Nous songeons au cas d'échange. Certes, l'échangiste ne peut pas offrir aux créanciers l'immeuble qu'il a donné pour celui qu'il a reçu. La surenchère ne pourrait pas être faite dans les conditions de l'article 2185, et l'échange fournirait un moyen de diminuer le gage hypothécaire, en substituant à un bien hypothéqué un autre bien de moindre valeur. Il

est donc de toute nécessité, à moins qu'on ne prive l'échangiste du droit de purger, de permettre l'offre d'une somme d'argent, c'est-à-dire d'admettre l'évaluation comme on l'admet pour les aliénations à titre gratuit. Alors l'acquéreur qui purge reprendra, à tout événement, l'immeuble qu'il a donné en échange. En effet, soit que les offres aient été acceptées, soit qu'elles ne l'aient point été, l'acquéreur se trouve évincé; dans le premier cas, puisqu'il fait un sacrifice pécuniaire pour conserver la chose acquise; dans le second cas, puisqu'il est complètement privé de cette chose; dans les deux hypothèses, il peut se prévaloir de la résolution de son contrat pour reprendre la chose qu'il avait donnée (art. 1705).

172 *bis*. VII. Il est une autre évaluation qui s'impose aussi à raison des nécessités de la procédure de purge et de surenchère; c'est l'évaluation des charges faisant partie du prix, qui doivent être indiquées, en vertu des dispositions citées plus haut de l'article 2183. Comment comprendre une surenchère, alors qu'une partie du prix consistera dans des prestations en nature, une construction à faire, par exemple, ou bien dans des prestations indéterminées, comme le paiement d'une rente viagère? Le créancier surenchérisseur ne doit pas se contenter de déclarer qu'il exécutera ces charges, car sur cette partie du prix, l'acquéreur n'aurait pas la garantie qu'il a ordinairement contre les réquisitions d'enchères faites sans raison sérieuse, garantie qui résulte de la nécessité de surenchérir d'un dixième. Pour que cette condition, protectrice du droit de l'acquéreur, puisse être remplie, il faut une évaluation des charges; et si l'on ne trouve pas la règle sur ce point dans le texte même de l'article 2183, on peut dire qu'elle résulte de l'article 2184, qui oblige l'acquéreur qui purge à offrir le paiement immédiat des dettes hypothécaires, jusqu'à concurrence de son prix. Or, son prix total se compose de la somme d'argent qu'il a promise, et en outre, des charges qui, d'après le Code lui-même, font partie de ce prix (1).

172 *bis*. VIII. Les notifications doivent contenir, secondement, un extrait de la transcription du titre.

Il s'agit de prouver aux créanciers qu'on a accompli la formalité qui est considérée par l'article 2181 comme le préliminaire indispensable de la procédure de purge; ce qui nous montre qu'on

(1) V. Aubry et Rau, t. II, p. 946. (Édit. 1865.)

doit donner cet extrait de transcription, quelle que soit la nature du titre : qu'il s'agisse d'un legs, d'une donation, d'un échange, aussi bien que d'une vente, quoique l'article qui a envisagé l'hypothèse ordinaire n'ait parlé que de la transcription d'un acte de vente.

172 *bis*. IX. A bien dire aussi, ce n'est pas un extrait de la transcription, mais un certificat qui est ici requis (c'était l'expression de la loi de brumaire, art. 30), et il y a lieu de croire que le Code n'a pas voulu autre chose que cette loi. Un extrait véritable contenant le résumé des clauses du titre répéterait inutilement toutes les énonciations que doit contenir la notification à fin de purge, aux termes du paragraphe précédent de l'article 2183.

172 *bis*. X. Enfin les notifications doivent contenir un tableau des inscriptions hypothécaires qui grèvent l'immeuble, ou, comme disait la loi de brumaire, un état des charges et hypothèques dont est grevée la propriété.

Il faut renseigner les créanciers qui reçoivent les notifications sur le rang qui leur appartiendra, et par conséquent sur les chances qu'ils ont d'être payés.

Ce tableau, pour faire apparaître clairement la situation, doit être dressé sur trois colonnes. La première contient les dates ; la seconde, le nom des créanciers ; la troisième, le montant de chacune des créances.

Sans ces indications, un créancier ne pourrait pas savoir s'il sera colloqué utilement.

Son rang dépend de la date de son inscription ; s'il n'est pas le premier, il faut qu'il sache par combien de créances la sienne est primée, et il ne lui suffirait pas de connaître le nombre des créances, s'il en ignorait le chiffre.

172 *bis*. XI. Voilà qui explique pourquoi on le renseigne sur la date des inscriptions et sur le montant des créances. Mais on comprend moins bien pourquoi on lui donne le nom des créanciers et la date de la constitution des hypothèques.

Quant au nom des créanciers, il est nécessaire de le connaître, pour connaître les créances elles-mêmes, pour qu'elles ne fassent pas double emploi les unes avec les autres, et pour savoir si elles n'ont pas été éteintes par paiement, compensation, ou toute autre cause.

172 *bis*. XII. La mention de la date de la naissance du droit

d'hypothèque, qui paraît inutile, puisque le rang dépend de la date d'inscription, est cependant aussi très nécessaire; car la connaissance de cette date peut fournir aux créanciers le moyen d'attaquer le contrat qui a donné naissance à l'hypothèque, et de le faire annuler, par exemple, pour cause d'incapacité. Depuis la loi de 1838 sur les faillites, la date de la constitution du droit sera importante à connaître, à rapprocher de celle de l'inscription, parce que, s'il s'est écoulé plus de quinze jours entre ces deux actes, l'inscription pourra être annulée quand elle aura été prise depuis la cessation des paiements, ou dans les dix jours qui la précèdent (art. 448, C. comm.).

172 *bis*. XIII. Les notifications doivent encore contenir une déclaration de l'acquéreur.

Il prend l'engagement de payer aux créanciers le prix qu'il a indiqué dans ses notifications, et de le payer *sur-le-champ*, c'est-à-dire après les délais de la procédure de purge, mais en renonçant aux délais dont jouissait le débiteur, et à ceux qu'il avait pu stipuler lui-même pour le paiement du prix à son vendeur (1).

Il ne tient pas non plus compte des délais stipulés par les créanciers dans leur intérêt. La faculté de purger aurait été entravée s'il avait fallu attendre, pour dégrever l'immeuble, l'expiration des différents termes des créances, et comme cette faculté est accordée au tiers détenteur dans un intérêt économique, c'est-à-dire dans un intérêt social, on a dû ne pas s'arrêter devant ces obstacles.

172 *bis*. XIV. L'engagement de payer immédiatement ne doit pas seulement avoir pour objet le prix proprement dit, mais aussi l'évaluation des charges faisant partie du prix. Telle est la conséquence de ce que nous avons dit plus haut sur la nécessité d'évaluer ces charges. Il serait inutile de les énumérer dans la notification, si les créanciers hypothécaires ne devaient pas les considérer comme faisant partie de la valeur jusqu'à concurrence de laquelle seront payées les créances. Ils n'auraient pas alors à tenir compte de ces charges, ils se trouveraient plus facilement dans la nécessité de surenchérir, puisque le prix indiqué ne représenterait pas la valeur totale de l'immeuble telle que l'avaient fixée le vendeur et l'acheteur. On leur offrirait une valeur diminuée des suppléments

(1) V. cependant C. Cass., 2 mars 1885, Sirey, 1885, 1, 255.

que les parties avaient reconnus nécessaires pour qu'elle fût la représentation exacte de la chose vendue.

172 *bis*. XV. La déclaration de l'acquéreur, quand il est débiteur des intérêts, ne le dégage pas de cette obligation. Nous ajoutons qu'à partir de ces notifications les intérêts seront dus aux créanciers hypothécaires, et non plus au vendeur ou à ses créanciers chirographaires, parce que ces notifications obligent l'acquéreur envers les créanciers sous la condition que ceux-ci ne requerront pas la vente aux enchères ; quand cette condition se réalise, elle rétroagit au jour de l'offre; c'est ce qu'indique clairement l'article 2184 quand il impose à l'acquéreur la nécessité de déclarer qu'il est prêt à acquitter sur-le-champ les dettes et charges.

172 *bis*. XVI. Voilà ce qui arrivera le plus ordinairement, parce que l'acheteur sera débiteur envers le vendeur des intérêts de son prix. Mais le contraire est possible : les intérêts peuvent n'avoir pas été stipulés; la chose peut n'être pas frugifère (art. 1652); on peut même être convenu que des intérêts ne seraient pas dus, ou, ce qui revient au même, l'acquéreur peut être un donataire qui n'est débiteur ni d'un prix ni des intérêts d'un prix. Dans ces circonstances, nous pensons que l'acquéreur ne devient pas, en vertu de ses notifications, débiteur des intérêts de son prix ou de la somme à laquelle il a évalué la chose donnée. On a dit cependant que, par l'effet même de l'offre, l'acquéreur devient débiteur des intérêts du prix offert (1). Cette assertion nous paraît loin d'être démontrée ; elle tend à obliger une personne qui fait une offre au delà des termes de cette offre ; elle sous-entend une promesse d'intérêts alors qu'en principe les intérêts ne doivent courir qu'en vertu d'une convention, d'une demande judiciaire, ou d'une disposition spéciale de la loi. Certainement la dispense des intérêts est pour l'acheteur un avantage résultant du contrat; il est probable même que cet avantage a été considéré lors de la fixation du prix, et contraindre cet acheteur à payer les intérêts, c'est modifier les conventions en lui faisant payer deux fois la jouissance de la chose. Si les créanciers estiment que cette convention est trop avantageuse à l'acheteur, c'est qu'ils considèrent que le prix a été fixé trop bas; ils n'ont alors qu'une ressource, la surenchère.

La situation du donataire est encore plus claire : il n'est pas dé-

(1) V. Aubry et Rau, t. II, p. 946, édit. 1865.

biteur d'un prix ; il propose aux créanciers une somme qui n'est pas nécessairement l'évaluation exacte de la chose : c'est l'estimation du sacrifice pécuniaire qu'il veut bien faire pour conserver l'immeuble. Il offre une somme certaine ; il n'offre pas les intérêts, et il ne peut pas être contraint d'offrir une somme supérieure à celle qu'il lui plaît d'offrir ; s'il offre trop peu, les créanciers n'ont pas d'autre ressource que de surenchérir.

172 *bis*. XVII. La déclaration, faite par l'acquéreur qui purge, qu'il est prêt à acquitter sur-le-champ les dettes et charges hypothécaires, jusqu'à concurrence du prix et des charges, oblige cet acquéreur envers les créanciers, en ce sens qu'elle ne peut être rétractée par lui. Cette déclaration n'est pas une simple pollicitation que son auteur serait maître de retirer tant qu'elle n'est pas acceptée. La pollicitation, en effet, est une proposition émanée de la volonté unique d'une personne qui ne peut pas la lier, parce qu'on ne se lie pas soi-même ; mais la déclaration dont nous parlons n'est pas née du caprice de l'acquéreur ; elle est, de sa part, l'usage d'une faculté légale instituée et réglementée par le Code dans l'intérêt de certains tiers ; cette déclaration est comme l'acceptation d'une situation légale que le Code propose à la volonté de l'acquéreur ; elle peut donc le lier comme l'acceptation d'une succession lie l'héritier. Cette force obligatoire de la déclaration apparaît très clairement dans le commencement de l'article 2185, où l'on voit le droit de requérir la mise aux enchères résulter exclusivement de la notification, et de ce fait qu'il ne se sera pas écoulé plus de quarante jours depuis cette notification. La loi ne prévoit pas le cas où l'offre serait rétractée, bien qu'il eût été facile de faire cette réserve ; par conséquent, le fait d'une rétractation est tenu pour indifférent, et le créancier ne peut perdre son droit que par l'expiration du délai.

N'est-il pas très juste qu'il en soit ainsi quand rien n'indique aux créanciers qu'ils aient besoin de se hâter soit de surenchérir, soit d'accepter les offres, quand il leur faut, au contraire, un certain temps pour étudier la situation hypothécaire de l'immeuble, sa valeur véritable et les chances de la vente aux enchères, enfin pour chercher et trouver une caution ? Est-il admissible que le créancier, après avoir, sur la foi de la notification, préparé ainsi ses décisions, fait peut-être des sacrifices d'argent pour trouver une caution ou un cautionnement, puisse être inopinément privé du droit

d'option que l'acquéreur lui avait offert? Quand une promesse de vente unilatérale est faite par convention et qu'elle donne au futur acheteur un délai pour déclarer sa volonté, il n'appartient pas au promettant de se rétracter avant l'expiration du délai. Dans notre hypothèse, c'est la loi qui impose le délai pendant lequel le droit de ceux qui ont reçu l'offre doit rester entier. La loi peut bien faire ce que fait la convention.

172 *bis*. XVIII. Le Code civil a énuméré soigneusement les diverses mentions que doivent contenir les notifications à fin de purge, mais il a négligé d'indiquer la sanction de ses prescriptions. On trouve dans le Code de procédure (art. 832 et 838) la nullité prononcée pour l'omission de deux règles posées par ce Code; mais, quant aux dispositions du Code civil, il est difficile d'admettre qu'elles sont toutes et sans distinction sanctionnées par une nullité. Les nullités ne se suppléent pas. Il faut donc ici décider que les juges ne sont pas contraints d'annuler les notifications pour toute irrégularité commise, mais qu'ils auraient cependant le droit de les annuler quand l'irrégularité serait assez grave pour que la prétendue notification ne contînt pas un avertissement sérieux, et ne donnât pas les renseignements qui sont nécessaires aux créanciers hypothécaires. L'annulation trouverait son point d'appui dans le texte de l'article 2183, qui déclare le nouveau propriétaire garanti de l'effet des poursuites hypothécaires, sous la condition de faire des notifications dont il indique le contenu. Cette condition n'est pas remplie quand la notification est informe, ou qu'elle néglige une mention intéressante pour le créancier.

172 *bis*. XIX. Au surplus, l'annulation des notifications ne sera que relative; elle ne sera prononcée que par rapport à ceux des créanciers qui ont reçu les notifications irrégulières. Ceux-là seuls ont souffert de l'omission; quant aux autres, ils ont été valablement avertis. Nous avons dit plus haut qu'on peut purger par rapport à certains créanciers, et ne pas purger par rapport aux autres. Ce résultat, qui se produit quand des notifications n'ont pas été faites à tous les créanciers, se produira également quand les notifications auront été, les unes régulières, et les autres irrégulières.

173. La signification ci-dessus semblerait devoir être faite à tout créancier ayant droit de surenchérir; il est clair pourtant qu'elle n'est possible qu'à l'égard de ceux qui sont actuel-

lement inscrits. Cette remarque, dans le principe, n'aurait eu d'importance que relativement aux hypothèques légales des mineurs et des femmes, les seules qui pussent être utilement inscrites après l'aliénation ; mais elle en avait acquis une nouvelle depuis la publication du Code de procédure, qui étendait la faculté de s'inscrire jusqu'à l'expiration de la quinzaine, après la transcription (C. Pr. 834). L'acquéreur, qui n'était pas obligé d'attendre ce délai pour faire courir, par les significations, celui de la surenchère, n'était tenu de signifier qu'aux créanciers inscrits lors de la transcription (C. Pr., art. 835; loi de 1855, art. 6).

173 *bis*. Depuis la loi de 1855 sur la transcription, l'observation faite par M. Demante n'a plus d'importance pratique, puisque l'article 834 du Code de procédure est abrogé, et que les créanciers ne peuvent plus s'inscrire après la transcription.

174. Sur la signification tout créancier inscrit peut requérir la mise aux enchères ; mais : 1° cette réquisition doit être signifiée dans les quarante jours, en observant seulement qu'on ne doit pas compter dans ce délai le temps nécessaire pour faire parvenir les notifications, du domicile élu où la signification en a été faite, au domicile réel du créancier. Il est ajouté à cet effet un jour par cinq myriamètres (v. art. 2185-1° et loi 3 mai 1862, art. 4).

2° La réquisition contient soumission de porter ou faire porter le prix à un dixième en sus (v. art. 2185-2°).

3° La réquisition doit être signifiée (avec constitution d'avoué, C. Pr., art. 832), tant au nouvel acquéreur qu'au précédent propriétaire débiteur principal (v. art. 2185-3°).

4° La signification doit être faite par un huissier commis (C. Pr., art. 832) ; mais outre cette précaution la loi exige ici, comme dans quelques actes importants (v. C. civ., art. 66 ; C. Pr., art. 216, 218, 353, 384), que les exploits soient signés par la partie elle-même ou par son fondé de procuration. La procuration doit être expresse et justifiée par une copie (v. art. 2185-4°).

5° Celui qui requiert la mise aux enchères doit assurer, par l'offre d'une caution, que la surenchère ne sera pas préjudiciable aux créanciers, que l'acquéreur était prêt à payer jusqu'à concurrence du prix et des charges de son acquisition (v. art. 2185-5°, et à ce sujet C. Pr., article 832, al. 2, 833).

Toutes les formalités requises par le Code civil le sont à peine de nullité (v. art. 2185, al. dernier; v. aussi C. Pr., art. 832, al. 2, 833).

174 *bis*. I. Lorsque l'acquéreur qui veut purger a fait les notifications dont les articles 2183 et 2184 déterminent la forme et le contenu, chacun des créanciers hypothécaires doit délibérer sur les offres qui lui sont faites, examiner s'il les considère comme insuffisantes, ou si au contraire elles doivent être acceptées par lui. Le point capital sur lequel porte cet examen est celui-ci : Le créancier sera-t-il payé ou ne le sera-t-il pas? Ce n'est pas cependant la seule considération déterminante de l'option; il faut savoir si l'immeuble a été vendu ou estimé à son prix véritable; car s'il n'y a pas de chance de le faire vendre à un prix supérieur, le créancier s'exposerait, en refusant les offres, c'est-à-dire en surenchérissant, à perdre le montant de sa surenchère et des frais, sans avoir plus de chance de recevoir les sommes qui lui sont dues.

174 *bis*. II. Supposons d'abord que les offres paraissent insuffisantes à un créancier; celui-ci peut requérir la vente aux enchères de l'immeuble. La réquisition de vente prend le nom de *surenchère*, parce qu'elle doit contenir obligation du créancier requérant de porter ou faire porter l'immeuble à un dixième en sus du prix offert par l'acquéreur qui purge.

174 *bis*. III. Les créanciers qui ont reçu des notifications ne sont pas les seuls qui aient le droit de requérir la vente aux enchères. Nous avons dit que les créanciers omis n'étaient pas atteints par la procédure de purge et conservaient leurs droits intacts; néanmoins, ils peuvent provoquer la revente de l'immeuble. Le texte de l'article 2185 est formel : ce droit appartient à tout créancier inscrit; et il est avantageux qu'un créancier ne reste pas en dehors de la procédure de purge, menaçant par son droit de suite l'adjudicataire de l'immeuble. La réquisition de vente aux enchères dans la procédure de purge n'est, au surplus,

qu'un des modes d'exercice du droit de suite, qui appartient certainement au créancier omis dans la notification; et il vaut mieux pour tous qu'il ne soit pas réduit à exercer son droit hypothécaire sous forme de saisie.

Il faut du reste bien remarquer que nous parlons d'un créancier inscrit, et auquel on a omis d'adresser des notifications. Il ne s'agit pas de celui que le conservateur aurait omis de comprendre dans un état d'inscription dressé depuis la transcription. Celui-là a perdu son droit de suite aux termes de l'article 2198, et par conséquent il ne peut requérir contre l'acquéreur la mise aux enchères, puisque cette réquisition n'est autre chose que l'exercice même du droit de suite.

174 *bis*. IV. Nous tirons une autre conséquence du caractère que nous attribuons à la réquisition de mise aux enchères. C'est qu'elle peut être faite par certains créanciers non inscrits : ceux dont l'hypothèque est, d'après le Code civil, indépendante de l'inscription : les femmes mariées, les mineurs et les interdits. Nous avons établi plus haut que la dispense d'inscription existait aussi bien pour l'hypothèque fonctionnant comme droit de suite que pour l'hypothèque se présentant comme droit de préférence.

Dès lors, on ne doit pas hésiter à accorder à ces créanciers le droit de requérir la mise aux enchères, bien qu'ils ne soient point inscrits et qu'ils n'aient par conséquent pas reçu de notification.

Cette solution ne doit pas être combattue par le texte de l'article 2185, qui n'est autre chose que la reproduction de l'article 31 de la loi du 11 brumaire an VII. Cette loi soumettait toutes les hypothèques à la nécessité de l'inscription; la généralité de son article 31 était donc parfaitement justifiée. Le Code, dans l'article 2185, comme dans un certain nombre de dispositions, a reproduit sans correction quelques détails empruntés à la loi antérieure, alors que ces détails n'étaient pas en rapport avec les innovations qu'il avait introduites. Ce n'est pas une raison pour croire qu'il a voulu détruire les conséquences de principes généraux qu'il avait posés en connaissance de cause, et après une discussion approfondie.

174 *bis*. V. La réquisition de vente aux enchères doit être formée dans un délai de quarante jours, à compter de la notification faite par l'acquéreur, aux termes de l'article 2183. Quand les notifications n'auront pas été faites à tous les créanciers le même

jour, le délai courra pour chacun d'eux de la date de la notification qu'il a reçue.

Quant aux créanciers qui peuvent avoir le droit de requérir la vente bien qu'il ne leur ait pas été fait de notification, nous les avons indiqués aux paragraphes 174 *bis* III et IV, ils bénéficient du délai le plus long, résultant de la notification la plus tardive. Nous avons dit que pour eux le droit de requérir la mise en vente était l'exercice de l'action hypothécaire qui leur appartiendrait même après la purge opérée. Tant qu'un créancier a le droit de surenchérir, il est bon que les créanciers qui n'ont pas reçu de notification, ou les créanciers dispensés d'inscription, puissent surenchérir plutôt que de conserver le droit d'agir hypothécairement par voie de saisie sur l'immeuble qu'on avait cru dégrever de toutes les hypothèques. C'est seulement quand le délai de la surenchère est expiré pour tous les créanciers qui ont reçu des notifications, que la procédure de purge ayant pris fin, il n'y a plus lieu d'y intervenir, qu'il faut par conséquent exercer ses droits hypothécaires par les procédés ordinaires.

174 *bis*. VI. Le délai de quarante jours est augmenté à raison de la distance qui sépare le domicile réel de chaque créancier de son domicile élu. Il faut que le créancier ait eu le temps d'avoir personnellement connaissance de la notification remise à son mandataire ; de ce moment-là seulement il peut délibérer sur le parti qu'il prendra quant aux offres que l'acquéreur lui fait.

D'après le Code civil, l'augmentation était calculée à raison de deux jours par cinq myriamètres. Aujourd'hui, la loi du 3 mai 1862 n'accorde plus qu'un jour pour cinq myriamètres. Mais cette loi a tranché favorablement au créancier une controverse ancienne, en décidant que les fractions de quatre myriamètres et au-dessus qui dépasseraient cinq ou un multiple de cinq compteraient pour un jour (1).

174 *bis*. VII. La réquisition de mise aux enchères doit contenir soumission du requérant, de porter ou faire porter le prix à un dixième en sus de celui qui est indiqué par l'acquéreur dans sa notification.

Cette soumission consiste dans l'obligation que contracte le requérant de se porter lui-même enchérisseur pour un dixième en sus

(1) V. loi du 3 mai 1862, article 4, qui modifie le texte de l'article 1033 du Code de procédure.

du prix, dans le cas où personne ne ferait d'enchère aussi élevée.

Dans cette obligation imposée au créancier qui demande la vente aux enchères, l'acquéreur qui purge et l'aliénateur trouvent une garantie contre des réquisitions de vente faites à la légère par des créanciers qui, ne risquant rien, voudraient courir la chance d'une vente nouvelle et briseraient ainsi un contrat légalement formé.

Les créanciers autres que le requérant sont également protégés par cette règle, parce qu'ils ont intérêt à se trouver en face d'un acheteur sérieux, plutôt que de voir détruire le contrat dans l'espérance, peut-être illusoire, d'obtenir un prix supérieur.

174 *bis*. VIII. Nous avons parlé, sur l'article 2183, des charges faisant partie du prix, qui doivent être mentionnées dans les notifications. De ce qu'elles font partie du prix, on doit conclure qu'elles sont comprises dans le mot *prix* employé par l'article 2185-2°, et que par conséquent la somme qui, augmentée d'un dixième, doit être l'objet de l'obligation de celui qui requiert la vente, n'est pas seulement composée de ce qu'on appelle habituellement le prix ou le prix principal, mais elle comprend encore les charges accessoires que le contrat imposait à l'acquéreur (1).

174 *bis*. IX. Si la surenchère implique une obligation aussi lourde que celle de porter ou faire porter le prix de l'immeuble à un dixième en sus, cet acte doit nécessairement demander, chez celui qui le fait, une certaine capacité, et nous devons rechercher quelles sont les conditions de cette capacité.

Pour arriver à ce résultat, il faut se fixer sur la nature de l'acte accompli par celui qui forme une surenchère. Il est certain que c'est plus qu'un acte conservatoire, car s'il tend à la conservation de la créance, il a des conséquences fort compromettantes pour la fortune de celui qui le fait. Ce n'est pas non plus un acte de demande judiciaire. Le surenchérisseur n'introduit pas une instance; il ne soumet pas un litige à la décision des tribunaux. Dans l'hypothèse, on ne voit pas de litige. Un acquéreur a fait une offre, le créancier a reçu de la loi le droit de refuser cette offre sous certaines conditions : quand il accomplit ces conditions, on ne peut pas dire qu'il intente une action en justice. Et il ne faut pas chercher les limites de sa capacité dans les dispositions du Code sur la capacité d'intenter des actions (2).

(1) V. C. C. 13 mai 1872. Sirey, 1872, 1, 244.
(2) V. cependant C. I. Riom, 6 décembre 1865. Sirey, 1866, 2, 325.

Dans la réalité, l'effet de la surenchère est d'obliger le surenchérisseur; c'est une promesse d'achat ou pour mieux dire un achat conditionnel. Le surenchérisseur se porte adjudicataire sous la condition qu'une enchère plus élevée ne se produira pas. C'est donc dans les règles sur la capacité de s'obliger et en particulier d'acheter, que nous trouverons la solution des difficultés sur la capacité de surenchérir.

174 *bis*. X. Nous conclurons de là que l'interdit et le mineur non émancipé ne peuvent pas surenchérir, que le mineur émancipé a besoin de l'assistance de son curateur, et l'individu pourvu d'un conseil judiciaire, de celle de son conseil.

La femme mariée, en principe, doit être autorisée par son mari ou par la justice. Alors même qu'elle serait séparée de biens, elle aurait besoin de cette autorisation, parce qu'elle ne peut s'obliger qu'autant que l'acte qui l'oblige a le caractère d'un acte d'administration. Or, les achats d'immeubles ont, nous l'avons dit au tome VI, un caractère ambigu; ils ne sont des actes d'administration qu'autant qu'ils constituent un placement de fonds à la disposition de la femme. A raison de cela, la capacité de la femme est douteuse pour les tiers, et comme il faut que la validité de la surenchère ne soit pas incertaine, l'autorisation est nécessaire (1).

174 *bis*. XI. A côté de la question de capacité se place la question de pouvoirs; l'administrateur des biens d'un incapable peut-il former une surenchère? La difficulté se présente à propos du tuteur d'un mineur ou d'un interdit et à propos du mari administrateur de la fortune personnelle de sa femme en vertu d'une convention de leur contrat de mariage.

En ce qui concerne le tuteur, nous répondons qu'il peut surenchérir, parce qu'il peut acheter des immeubles pour son pupille. L'autorisation du conseil de famille ne lui serait pas nécessaire, parce qu'il est, en principe, le représentant du mineur, que ses pouvoirs n'ont pas été limités par la loi relativement aux achats d'immeubles, et que ces pouvoirs sont entiers quand ils n'ont pas été expressément restreints par la loi (2).

174 *bis*. XII. Le mari, sous certains régimes matrimoniaux, a l'administration des biens propres à sa femme. Sous le régime de communauté, une créance hypothécaire peut être propre, soit en

(1) T. VI, n° 101 *bis*. VII à XI.
(2) V. C. C. 5 janvier 1863. Sirey, 1862, 1, 9.

raison des stipulations du contrat de mariage, soit parce qu'elle a été donnée sous la condition qu'elle resterait propre; sous le régime sans communauté tous les biens sont propres, mais ils sont tous soumis à l'administration du mari; même sous ces régimes et dans ces circonstances, le mari ne pourra pas surenchérir sans le concours de sa femme. C'est en effet la femme autorisée qui seule peut s'obliger; le mari ne peut pas l'obliger, donc le mari ne peut pas acheter pour elle, et dès lors la surenchère est un acte qui excède ses pouvoirs.

174 *bis*. XIII. Nous admettons la même solution sous le régime dotal, quand il s'agit d'une créance hypothécaire faisant partie de la dot; car pas plus sous le régime dotal que sous le régime de communauté le mari n'a le pouvoir d'obliger sa femme, et par conséquent de lui imposer le rôle d'acheteur. On a soutenu le contraire en s'appuyant sur le droit qui appartient au mari, sous le régime dotal, d'intenter les actions réelles immobilières relativement aux biens dotaux. Mais nous avons déjà démontré que le fait de surenchérir ne pouvait pas être assimilé à l'introduction d'une demande en justice. Il ne s'agit pas de demander aux tribunaux la décision d'un point litigieux. Il s'agit de faire une acquisition à titre onéreux, et par conséquent il nous paraît impossible d'assimiler deux actes dont la nature et les résultats sont si différents (1).

174 *bis*. XIV. Quand la surenchère aura été faite par un mari pour sa femme, elle sera nécessairement sans effet, car elle n'émanera pas du véritable créancier ni de son mandataire, puisque l'auteur de l'acte, mandataire de la femme pour certains actes, sortait en surenchérissant des limites de ses pouvoirs. Les intéressés, créanciers hypothécaires, acquéreurs, aliénateur de l'immeuble pourront faire annuler cet acte.

La question, au contraire, est plus délicate quand la surenchère aura été faite par le créancier lui-même, mais en dehors des limites de sa capacité. La difficulté vient ici de l'article 1125, qui établit le caractère relatif de la nullité pour incapacité; l'incapable seul peut l'invoquer, et les tiers ne peuvent pas s'en prévaloir. Nous pensons toutefois que l'hypothèse ne rentre pas dans la sphère d'application de l'article 1125. On peut comprendre une règle pareille dans les rapports entre un incapable et ceux qui traitent

(1) V. cependant Aubry et Rau, t. II, p. 951, édit. 1865, et t. IV, p. 461, édit. 1860.

volontairement avec lui, mais cette règle est pleine de danger quand on l'applique à des relations imposées. L'aliénateur, l'acquéreur, les autres créanciers sont forcés de subir la revente aux enchères quand un créancier la demande en s'obligeant dans les termes de l'article 2185. Mais s'il ne s'oblige pas, s'il n'est pas lié, il est absolument injuste que tous les tiers soient forcés de subir la volonté d'une personne qui, par caprice, sans réflexion et sans risque, vient anéantir un contrat que tous les autres intéressés acceptaient.

Qu'on ne dise pas : il importe peu que l'engagement ne soit pas définitif pourvu qu'il le devienne plus tard, pourvu qu'il soit validé par l'intervention de ceux dont le consentement a manqué. Si l'on est encore dans le délai de quarante jours, il n'y a pas de difficulté, sauf peut-être une difficulté de forme; il vaudrait mieux recommencer une surenchère. Mais ce n'est pas l'hypothèse; la confirmation survient après le délai donné pour surenchérir. Alors il est trop tard. D'après le système de la loi, la situation doit être définitivement fixée à l'expiration du délai. Les intéressés ne doivent pas être tenus en suspens, dans le doute sur l'existence de la résolution du droit de l'acquéreur. Il pourra bien se produire des difficultés sur la validité d'une surenchère, et l'issue du procès sera douteuse, mais le droit en soi ne sera pas douteux, la justice déclarera ce qui était au jour de l'expiration du délai; l'existence du contrat ne sera pas incertaine, elle sera ignorée; le fait aura besoin d'être constaté, mais il ne pourra pas être changé par la volonté d'un des intéressés.

174 *bis*. XV. La seconde condition à laquelle est subordonnée la réquisition de mise aux enchères, c'est que le requérant offre de donner caution jusqu'à concurrence du prix et des charges. C'est une précaution qui garantit à tous les intéressés que le nouvel acheteur éventuel est un acheteur sérieux, et que la surenchère ne substitue pas un insolvable à un acheteur qui pouvait payer le prix. La caution proprement dite, le fidéjusseur, peut être remplacée par un nantissement en argent ou en rentes sur l'État (art. 832 3° C. Pr.).

L'offre de la caution ne doit pas être faite en termes larges et vagues; elle doit être une indication nominative de la caution. Le Code de procédure (art. 832, amendé en 1841) a voulu que la promesse de caution ne laissât pas exister un doute sur la validité de la surenchère; le surenchérisseur doit avoir sa caution à sa dis-

position, il ne faut pas qu'il surenchérisse, sauf à chercher ensuite à recruter une caution. Il désigne celle qu'il propose, il donne assignation à trois jours pour sa réception, et si la caution est rejetée, la surenchère est déclarée nulle.

Quand l'État créancier hypothécaire fait une surenchère, il est dispensé de fournir caution par une loi du 21 février 1827.

174 *bis*. XVI. La caution garantit le prix et les charges, c'est-à-dire le prix que devra le surenchérisseur s'il reste adjudicataire. D'après le Code de procédure (art. 837), le prix porté dans l'acte et le montant de la surenchère (c'est-à-dire le dixième en sus) tiendront lieu d'enchère, et le surenchérisseur est déclaré adjudicataire quand il ne se présente pas d'autre enchérisseur ; c'est donc bien cette somme composée du prix stipulé dans le contrat primitif et du dixième en sus, qui constitue le prix de l'adjudication, et c'est en songeant au prix d'adjudication que la loi a exigé une caution jusqu'à concurrence du prix. Il faut donc décider que la caution ne doit pas garantir seulement le prix indiqué dans les notifications à fins de purge, mais ce prix plus un dixième (1).

174 *bis*. XVII. La surenchère est soumise en outre à certaines conditions de forme :

1° Elle doit être, dans le délai indiqué pour la signification à l'acquéreur qui purge, signifiée au précédent propriétaire, c'est-à-dire à l'auteur de l'acquéreur qui purge. Il est ordinairement garant envers son ayant cause, il a, par conséquent, intérêt à connaître la surenchère et à la combattre si faire se peut. S'il n'est pas garant, par exemple s'il est donateur, il est intéressé à ce que les effets de la donation qu'il a faite ne soient pas amoindris ou annihilés.

Le précédent propriétaire sera très souvent le débiteur personnel des dettes hypothécaires qui grevaient l'immeuble : c'est l'hypothèse de l'article 2185 ; mais il peut en être autrement : le précédent propriétaire était peut-être lui-même un tiers détenteur de l'immeuble. Il serait prudent alors de signifier la surenchère à ces deux personnes, puisque le propriétaire a un intérêt comme garant ou comme donateur, et que le débiteur personnel est également intéressé, attendu qu'il s'agit de dettes qu'on prétend siennes, et à l'occasion desquelles il sera exposé à un recours.

(1) V. cependant Aubry et Rau, t. II, p. 960, édit. 1865, et P. Pont, n° 1344.

174 *bis*. XVIII. 2° L'original et les copies de la signification de surenchère doivent être signés par le surenchérisseur. C'est là une précaution que la loi prend quelquefois, quand elle veut, à propos d'un acte important, que la partie réfléchisse avant de donner à l'officier public mission de faire cet acte. Elle évite en même temps toute fausse interprétation, toute erreur de l'officier public qui, trompé par les obscurités d'un entretien avec la partie, prendrait pour un ordre, pour un mandat actuel, des paroles qui ne seraient dites que sous une forme hypothétique, qui ne contiendraient qu'un mandat éventuel. La loi ne craint pas un mensonge de l'huissier, dont les actes font foi de ce qu'il affirme *ex propriis sensibus*, jusqu'à inscription de faux; mais elle protège l'huissier et les intéressés contre les conséquences d'une fausse interprétation.

3° Le Code de procédure (art. 832) a ajouté au Code civil que l'huissier qui fait la signification de surenchère doit être commis par le président du tribunal, et, de plus, que l'acte doit contenir constitution d'avoué avec assignation à trois jours, pour la réception de la caution.

Toutes les conditions de fond et de forme auxquelles est soumise la surenchère sont exigées à peine de nullité.

174 *bis*. XIX. Quand la surenchère est nulle, il est clair qu'elle ne produit aucun effet, et que, s'il n'est pas survenu d'autre surenchère dans le délai des notifications, on se trouve placé dans l'hypothèse qui sera examinée par l'article 2186, celle où aucun créancier n'a surenchéri.

Il résulte de ce fait que, si les créanciers veulent être sûrs que l'immeuble sera remis en vente, ils ont toujours intérêt à former une surenchère, malgré l'existence d'une surenchère qui les primerait. Certes, si la première surenchère est valable, elle donne à celui qui l'a faite un droit préférable; toute autre surenchère fait double emploi et est non avenue; mais peut-on savoir si la première surenchère est nulle? Elle ne sera peut-être annulée qu'après l'expiration du délai pour surenchérir; il est donc prudent, en vue de l'annulation possible d'une surenchère, d'en former une autre qui vaudra si la première est annulée.

Il faudrait placer à côté du cas de nullité le cas de désistement de la surenchère; mais cette hypothèse est traitée par l'article 2190, et expliquée au n° 179, *infra*.

175. A défaut de surenchère régulière, la valeur de l'immeuble demeure définitivement fixée au prix stipulé ou déclaré, et l'acquéreur purge sa propriété en payant ou consignant. V. art. 2186.

176. La revente sur enchères est une véritable expropriation forcée; aussi la loi lui en applique-t-elle en général les formes. La poursuite semble naturellement appartenir au créancier qui l'a requise, mais la loi la permet également au nouvel acquéreur intéressé à sortir d'incertitude. Du reste, il y a cela de particulier que les enchères ne devant s'ouvrir que sur celle du requérant, le montant doit en être indiqué dans les affiches qui annoncent la vente. V. art. 2187; v. au surplus C. Pr., art. 836-838.

176 *bis*. I. Nous supposons la surenchère valablement formée, et il nous faut en montrer les conséquences.

Elle nécessite une vente judiciaire aux enchères. Les formes sont celles des ventes sur saisie immobilière. La poursuite appartient au surenchérisseur ou à l'acquéreur qui purge (art. 2187). Elle peut aussi être exercée par un des créanciers inscrits qui s'y fait subroger, quand le surenchérisseur ou l'acquéreur ne donne pas suite à l'action dans le mois de la surenchère (art. 833, C. Proc.).

La mise à prix consiste dans le prix offert par l'acquéreur augmenté d'un dixième (art. 2186 et 837, C. Proc.).

Cette nouvelle enchère peut avoir plusieurs dénouements que nous devons examiner successivement. Il peut arriver, en effet, qu'il ne se présente pas d'enchérisseur, ou que l'adjudication soit prononcée en faveur d'un étranger, c'est-à-dire d'une personne autre que l'acquéreur primitif; ou enfin l'adjudication peut être prononcée en faveur de l'acquéreur primitif qui aura pris part aux enchères, et sera demeuré le plus fort enchérisseur.

176 *bis*. II. 1re *hypothèse*. Il ne se présente pas d'enchérisseur.

Dans ce cas, il ne s'élève pas de difficulté; le surenchérisseur reste, aux termes de ses engagements, adjudicataire au prix de sa surenchère (art. 838, C. Proc.).

177. L'adjudication faite à un tiers rendant frustratoires pour le premier acquéreur tous les déboursés qu'il a dû faire,

tant pour acquérir que pour consolider son acquisition; et cet acquéreur, qui s'est conformé à la loi, ne devant éprouver aucun préjudice par suite des hypothèques existantes, la loi veut qu'il soit remboursé sur le prix du bien revendu. Et cependant, pour que les créanciers profitent toujours du montant intégral de la surenchère, la loi fait de ce remboursement une charge particulière qui doit être payée par l'adjudicataire en sus du prix de son adjudication. V. art. 2188.

177 *bis*. I. 2e *hypothèse*. L'immeuble est adjugé à une personne autre que l'acquéreur qui purge.

Cet adjudicataire devient propriétaire dans les conditions de son adjudication.

Il doit en outre, aux termes de l'article 2188, indemniser complètement l'acquéreur primitif qui ne conserve pas le bien, objet de la procédure de purge.

Cet acquéreur a payé les frais de son acquisition, et il ne saurait les supporter définitivement sans injustice. S'il était réduit, pour rentrer dans ces sommes, à un recours contre son auteur, il courrait de grandes chances de n'être pas remboursé. Voilà pourquoi la loi impose comme charge spéciale à l'adjudicataire le remboursement de tous les frais nécessités par le contrat d'acquisition, par sa transcription et par la purge.

177 *bis*. II. Il est d'autres dépenses que l'acquéreur a pu faire, et dont la loi ne parle pas : ce sont les dépenses d'amélioration. Si ces dépenses ont réellement augmenté la valeur de l'immeuble, elles ont été cause de l'élévation du prix d'adjudication, et il serait injuste que les créanciers en profitassent.

Il faut donc que le tiers détenteur puisse répéter le montant de la plus-value résultant de ces impenses. Il les répétera contre les créanciers hypothécaires, car ce sont eux qui profitent, puisque les impenses ont augmenté leur gage; c'est lors de la distribution du prix que le détenteur pourra élever sa prétention.

Il faut reconnaître seulement que le créancier surenchérisseur a pu être trompé par la valeur apparente de l'immeuble au moment où il faisait sa surenchère; il a pu croire que le prix total était à distribuer entre les créanciers et surenchérir, parce que le prix calculé d'après la valeur apparente de l'immeuble devait rendre

possible le paiement de sa créance. Le prélèvement opéré pour rembourser le tiers détenteur l'empêche d'être payé, et il peut regretter sa surenchère si, faute d'autre enchérisseur, il est resté adjudicataire. Il y a là un danger réel, bien qu'il soit moins grave qu'il ne paraît l'être, car le surenchérisseur ne devient propriétaire de l'immeuble que moyennant le prix qu'il a fixé lui-même, comme représentant la valeur exacte de ce bien. Cependant il peut souffrir parce qu'il a été entraîné à offrir un prix un peu élevé, par l'espoir de sauver ainsi sa créance. Ce préjudice peut être considéré comme la conséquence d'une imprudence de l'acquéreur qui aurait dû, dans ses notifications à fin de purge, prévenir les créanciers que l'immeuble avait été amélioré par lui et qu'il avait de ce chef des répétitions à exercer; des dommages et intérêts peuvent être dus à raison de cette imprudence, en vertu de l'article 1382, au surenchérisseur resté adjudicataire. Il est vrai que l'article 2183 n'indique pas comme indispensable la mention des travaux d'amélioration; mais il résulte bien de toutes ses dispositions que les créanciers doivent être mis à même de juger quelle est exactement la somme qui, après la vente de l'immeuble, pourra être affectée au paiement des dettes hypothécaires.

177 *bis*. III. Le tiers détenteur qui purge peut avoir détérioré l'immeuble; en ce cas, quand il offre le prix d'achat, il est probable qu'il offre plus que l'immeuble ne vaut actuellement, et qu'il rend par là toute la surenchère impossible. Qui consentira, en effet, à surenchérir d'un dixième sur un immeuble vendu 100,000 francs, et qui a subi pour 20,000 francs de détériorations? Il faudrait s'engager à prendre pour 110,000 un bien qui ne vaut plus guère que 80,000 francs.

Pour parer à cet inconvénient, les créanciers hypothécaires demanderont à la justice que l'action en indemnité contre le tiers détenteur soit considérée comme un accessoire de l'immeuble et adjugée avec cet immeuble. Il faudra que le cahier d'enchère exprime qu'une indemnité est due par le tiers détenteur, et qu'elle reviendra à l'adjudicataire. Alors, pourvu que le tiers détenteur soit solvable, on pourra espérer que quelque créancier osera surenchérir, parce que si la valeur actuelle de l'immeuble est inférieure à 100,000 francs, prix offert, elle peut représenter une somme plus forte quand elle est augmentée d'une créance de 20,000 francs contre le tiers détenteur.

Si celui-ci est insolvable, il ne faut pas espérer garantir les créanciers contre une perte; mais ils subiront alors les conséquences de la négligence qu'ils ont mise à poursuivre l'action hypothécaire, alors que le tiers détenteur détruisait leur gage.

177 *bis*. IV. Dans les deux hypothèses que nous avons examinées, c'est-à-dire quand il ne se présente pas d'enchérisseur sur la surenchère, ou quand l'adjudicataire est une personne autre que l'acquéreur qui purge, il y a lieu de se demander quel est, sur la propriété de l'acquéreur qui purge, l'effet de l'événement qui le dépouille de son acquisition. Est-ce une résolution? L'acquéreur n'a-t-il jamais été propriétaire ou a-t-il seulement cessé de l'être?

Nous avons déjà examiné cette question à propos de l'adjudication qui subit le délaissement ou la saisie, et nous avons dit qu'il n'y avait pas résolution. Il n'y a pas à distinguer entre les divers événements qui dépouillent le tiers détenteur. Dans le cas de purge, comme dans les autres hypothèses, c'est par l'effet de l'action hypothécaire qu'il perd la chose; il subit une éviction; mais une éviction n'est pas une résolution. A quoi servirait d'ailleurs de dire que la propriété est résolue? Il est bien certain que les droits nés du chef du tiers détenteur ne sont pas opposables aux créanciers hypothécaires ni à l'adjudicataire qui tient ses droits de ces créanciers. L'acquéreur devant subir l'exercice des droits d'hypothèque, s'il a conféré des droits sur la chose, ces droits ne peuvent pas être plus entiers que les siens. Ses ayant cause doivent subir les conséquences des droits d'hypothèque qui diminuaient la propriété de leur auteur. Tout cela s'explique simplement, sans recours à la théorie des résolutions. Du reste, l'application de cette théorie produirait des résultats inadmissibles : il faudrait refuser à l'acquéreur qui a purgé l'excédent du prix d'adjudication sur le montant des créances hypothécaires, c'est-à-dire préférer à cet acquéreur son vendeur, ou les créanciers chirographaires de son vendeur, ce qui serait une véritable injustice, puisque le vendeur est garant envers lui de l'éviction qu'il a subie.

Si l'acquéreur peut profiter de l'excédent du prix d'adjudication, ne faut-il pas sur cet excédent admettre ses créanciers hypothécaires ou même chirographaires? Ce qui ne concorderait pas avec l'idée de résolution. Nous appliquerions ainsi à l'espèce qui nous occupe l'article 2177 *in fine*. Quant à la première partie de cet article, nous avons déjà dit qu'elle ne suppose pas nécessairement une

résolution de la propriété ; nous pourrions donc l'étendre aussi au cas sur lequel nous raisonnons. Les servitudes qui appartenaient à l'acquéreur avant son acquisition et celles qui le grevaient, revivraient après l'adjudication ; mais ce serait la conséquence des règles de la loi sur les améliorations et les détériorations provenant du tiers détenteur, et non pas la suite d'une résolution de la propriété. Il serait seulement nécessaire que les créanciers fussent prévenus par les notifications qu'une servitude active ou passive a été éteinte et doit revivre, et que les adjudicataires fussent également avertis par le cahier d'enchères.

178. Si, au contraire, c'est l'acquéreur lui-même qui demeure adjudicataire, cette adjudication ne fait que confirmer son titre, et son droit date toujours de sa première acquisition. On sent bien, dès lors, que sous aucun rapport, il ne peut avoir besoin de faire transcrire le jugement d'adjudication. V. art. 2189.

178 *bis*. I. 3e *hypothèse*. L'immeuble est adjugé au tiers détenteur qui purgeait.

Le tiers détenteur fait alors un sacrifice pour garder la chose : il consent à payer un prix supérieur à son prix d'achat, ou à payer un bien qu'il avait acquis à titre gratuit ; mais il a un recours peut-être utile (art. 2191). Il consolide sa propriété, et il n'y a pas de difficulté à le traiter comme étant propriétaire sans interruption, depuis le jour de son acquisition primitive.

Cela découle nécessairement de l'idée que nous avons admise lorsqu'il s'est agi d'un adjudicataire étranger. Si la surenchère ne résout pas la propriété de l'acquéreur, si le jugement d'adjudication lui-même n'a pas l'effet d'une condition résolutoire, il est bien certain que cette surenchère et que ce jugement ne résolvent pas la propriété antérieurement acquise par celui-là même au profit de qui est rendu le jugement d'adjudication.

178 *bis*. II. L'article 2189 tire une conséquence de ce fait, que l'adjudication consolide la propriété de l'acquéreur qui purge. Il le dispense de la formalité de la transcription. L'acquéreur n'est pas tenu de faire transcrire le jugement d'adjudication. Cette dispense n'avait pas d'importance dans le Code civil, puisque la transcription n'était imposée à aucun acquéreur à titre onéreux.

Peut-être visait-elle seulement les donataires de biens susceptibles d'hypothèques (art. 939). Il est plus probable qu'elle était un reste de la théorie de la loi de brumaire an VII, théorie que le projet du titre des hypothèques s'était appropriée, qui a été abandonnée au dernier moment, mais qui a laissé çà et là quelques traces ineffacées dans la rédaction définitive du Code. Depuis la loi du 23 mars 1855, la disposition de l'article 2189 a sa raison d'être et son utilité.

179. La surenchère faite par un créancier devient commune à tous les autres, car ceux-ci, voyant une surenchère régulière, ont pu se dispenser d'en faire une nouvelle. Aussi le surenchérisseur ne peut-il, par un désistement, empêcher l'adjudication publique; il ne le peut même en payant le montant de sa soumission, car il est incertain si ce montant n'est pas encore inférieur à la valeur réelle du bien. Le désistement ne peut donc être fait que du consentement exprès de tous les créanciers hypothécaires. V. art. 2190.

180. Nous avons dit que l'adjudication faite au premier acquéreur confirme son titre; mais comme il n'obtient cette confirmation qu'en fournissant un supplément de prix, les principes sur la garantie doivent lui faire accorder un recours contre son vendeur pour ce supplément, et même pour les intérêts de ce supplément; on sent d'ailleurs que pour que l'indemnité soit complète, les intérêts doivent courir de plein droit du jour de chaque paiement. V. article 2191.

180 *bis*. I. L'acquéreur, obligé de faire un sacrifice pécuniaire pour conserver l'immeuble qu'il avait acquis, subit une éviction.

Il peut, par conséquent, invoquer les droits qui appartiennent à un acquéreur évincé. L'article 2191 examine cette situation au point de vue d'un acheteur, et il applique les principes de la garantie en matière de vente. L'acheteur a un recours contre son vendeur pour tout ce qu'il a payé en sus du prix stipulé dans le contrat de vente; c'est bien en cela que consiste le tort que lui cause l'éviction. Il a droit de plus aux intérêts, parce que l'indemnité ne serait pas complète, s'il perdait pendant un certain temps le revenu des sommes déboursées.

180 *bis*. II. L'article semble n'admettre la répétition des intérêts qu'autant que le supplément du prix a été effectivement payé par l'acquéreur adjudicataire. Il doit cependant avoir également droit à cette répétition pour les intérêts de sommes non payées, lorsque le cahier d'enchères lui impose l'obligation de payer les intérêts du prix d'adjudication jusqu'au paiement effectif. L'adjudicataire ne serait pas indemnisé, s'il supportait ces intérêts; et si la loi n'en a pas parlé, c'est qu'il s'agit là de sommes réellement déboursées par l'acheteur, et qu'il va de soi qu'il les répète contre son garant. Elle a dû songer aux intérêts des capitaux payés, parce qu'ils n'ont pas été effectivement déboursés, et qu'il était nécessaire d'établir une exception légale à l'article 1153.

180 *bis*. III. Il y a des sommes pour lesquelles le droit de répétition n'existerait pas parce que l'acheteur n'aurait pas à les débourser. Nous songeons à une hypothèse rare : le prix d'adjudication est supérieur au total des créances hypothécaires, alors l'adjudicataire, lorsqu'il est l'acquéreur primitif, n'est pas tenu de payer l'excédent. Nous avons déjà dit que cet excédent devait lui revenir; il est bien plus simple d'admettre qu'il ne le paie pas, car il ne pourrait le payer qu'au vendeur, et celui-ci est précisément tenu à lui restituer tout ce qu'il paie au delà du prix stipulé primitivement.

180 *bis*. IV. Si l'acquéreur n'est pas un acheteur, mais un échangiste, il faudra appliquer les mêmes principes, puisque l'échange engendre, comme la vente, l'obligation de garantie.

Mais quand l'acquisition primitive aura été faite à titre gratuit, il faudra nécessairement tenir compte de ce que les acquéreurs à titre gratuit n'ont pas droit à la garantie, et refuser tout recours contre l'aliénateur, si les dettes acquittées sur le prix d'adjudication ne sont pas les dettes personnelles de cet aliénateur. Celui-ci en effet ne peut pas être tenu à indemniser l'acquéreur de l'éviction; il ne saurait être poursuivi que si le prix payé par l'acquéreur a servi à l'exonérer de ses dettes. Que si celui dont l'acquéreur tient ses droits était lui-même un tiers détenteur, l'acquéreur pourrait recourir contre les débiteurs personnels dont il aurait à ses dépens éteint les dettes.

181. L'exercice de la faculté de surenchérir, réservé aux créanciers hypothécaires, deviendrait trop difficile si le créan-

cier était obligé de faire porter sa surenchère sur des biens situés dans divers arrondissements. La loi l'en dispense formellement. De là l'obligation imposée à l'acquéreur dont le titre comprend des biens susceptibles d'une surenchère spéciale, de notifier aux créanciers le prix particulier pour lequel il entend acquérir ces biens. La règle embrasse également tous les divers cas où l'acquisition comprend à la fois, soit des meubles et des immeubles, soit des immeubles hypothéqués et des immeubles non hypothéqués, soit enfin des biens situés dans différents arrondissements; et la loi ne veut pas que l'on distingue pour son application si l'acquisition est faite ou non pour un seul et même prix, ni si les biens sont ou non soumis à la même exploitation. Lorsque l'acquisition entière est faite pour un seul et même prix, le prix particulier se détermine par ventilation. Si, par suite d'une surenchère qui ne porterait ainsi que sur une partie du bien acquis, l'acquéreur partiellement évincé éprouve un préjudice résultant du morcellement de son acquisition ou de la division des exploitations, il aura son recours en garantie contre ses auteurs. V. art. 2192.

CHAPITRE IX

DU MODE DE PURGER LES HYPOTHÈQUES, QUAND IL N'EXISTE PAS D'INSCRIPTION SUR LES BIENS DES MARIS ET DES TUTEURS.

182. Le mode de purger qui vient d'être indiqué, reposant sur des notifications à faire aux créanciers qui se sont fait connaître par l'inscription, ne pouvait s'appliquer aux hypothèques qui existent indépendamment de toute inscription. La loi, cependant, a dû donner aux tiers acquéreurs un moyen de s'assurer contre les hypothèques occultes. V. art. 2193.

183. Ce moyen consiste à provoquer, par la publication du

titre d'acquisition, l'inscription de ces hypothèques dans un certain délai, passé lequel, le bien en demeure affranchi entre les mains du tiers acquéreur.

183 *bis*. I. Avant d'examiner les formalités et les effets de la purge des hypothèques dispensées d'inscription et non inscrites, il faut voir quelles sont les acquisitions qui rendent cette procédure nécessaire. C'est un point que nous avons traité à propos de la purge des hypothèques inscrites au n° 169 *bis*, mais sur lequel nous allons trouver quelques différences entre les deux purges.

C'est à l'occasion de certaines adjudications qu'il est nécessaire de s'expliquer. Les adjudications sur licitation, celles des biens de mineurs, ou des biens appartenant soit à des successions bénéficiaires, soit à des faillites, ressemblent à des acquisitions par contrat; les créanciers et en particulier les femmes et les mineurs qui pourraient avoir hypothèque légale sur les biens vendus n'y sont point appelés; l'aliénation ne peut donc pas dégrever l'immeuble de leurs hypothèques, et la purge est une nécessité si l'acquéreur veut se mettre à l'abri des poursuites hypothécaires. Il s'agit aussi bien de la purge des hypothèques inscrites que de la purge des hypothèques dispensées d'inscription et non inscrites.

183 *bis*. II. Au contraire, nous avons dit que l'adjudication sur saisie purge les hypothèques inscrites. C'était autrefois l'objet d'une discussion, plus vive encore pour les hypothèques occultes que pour les autres, parce que certaines formalités de la saisie qui préviennent les créanciers inscrits ne peuvent pas être remplies à l'égard des créanciers non inscrits et inconnus (art. 692 C. Pr. 1841). Aujourd'hui le doute a été levé par rapport aux deux genres d'hypothèque par la loi du 21 mai 1858 (C. Pr., art. 717). Le jugement d'adjudication dûment transcrit purge *toutes* les hypothèques. Les procédures organisées par cette même loi de 1858 expliquent ce résultat. En effet, d'après l'article 692 tel qu'il a été complété par cette loi, une sommation de prendre communication du cahier des charges doit être faite aux femmes qui peuvent avoir sur l'immeuble une hypothèque légale et aux subrogés tuteurs des mineurs et interdits, ou à ces incapables devenus capables; cette formalité n'est nécessaire que dans les cas où le mariage ou la tutelle est connue du poursuivant d'après son titre.

Pour ceux que le poursuivant ne connaît pas d'après son titre,

il est fait une publication analogue à celle qui est exigée d'après le Code civil pour la purge des hypothèques des femmes et des mineurs ; par ces procédés, les créanciers ayant hypothèque occulte connaissent la poursuite de saisie, et la disposition de l'article 717 qui déclare que l'adjudication purge toutes les hypothèques, se justifie pleinement (art. 696 C. Pr.).

183 *bis*. III. Les adjudications à la suite de surenchère ne sont pas dans les mêmes conditions que les adjudications dont nous venons de parler. Elles ne peuvent pas, nous l'avons dit plus haut, servir de point de départ à une procédure de purge des hypothèques inscrites. Mais c'est ici qu'apparaît une différence que nous avons annoncée entre les deux purges.

L'article 838 du Code de procédure, qui s'occupe des effets de l'adjudication à la suite de surenchère sur aliénation volontaire (surenchère du dixième), reconnaît qu'une purge des hypothèques légales est possible à la suite de cette adjudication. D'où cette conséquence que pour dégrever l'immeuble des hypothèques légales des femmes ou des mineurs qui pourraient le frapper, il faudra suivre la procédure indiquée dans l'article 2193. Cette réserve du droit des incapables se justifie parfaitement, car dans la procédure de purge des hypothèques inscrites, et dans celle de surenchère sur aliénation volontaire, il n'y a rien qui prévienne les femmes ou les mineurs non inscrits ; dès lors il serait dangereux que l'adjudication purgeât les hypothèques de ces incapables.

Seulement le droit des femmes et des mineurs, tant que la purge n'aura pas été faite quant à eux, se bornera à poursuivre l'adjudicataire sur surenchère dans les limites de son prix d'adjudication ; ils ne pourront pas demander une nouvelle revente, former une seconde surenchère ; cela est nettement dit dans l'article 838 : c'est l'application de la règle : *Surenchère sur surenchère ne vaut*. Il n'était pas besoin d'accorder ce droit à la femme ou au mineur, car la procédure de la première surenchère établit une présomption que l'immeuble a été vendu au plus haut prix possible ; le seul point important était de ne pas dépouiller les créanciers à hypothèques occultes du droit de poursuivre le détenteur de l'immeuble, alors que rien ne les avait avertis des différents actes qui avaient changé le propriétaire de l'immeuble qui était leur gage.

183 *bis*. IV. La réserve faite par l'article 838, C. Pr., lorsqu'il s'agit d'une adjudication sur surenchère du dixième, nous paraît

devoir être étendue aux surenchères du sixième qui ont lieu à la suite des licitations, ou des ventes de biens de mineurs et de successions bénéficiaires. L'analogie des situations est évidente. Les créanciers à hypothèques occultes n'ont pas été prévenus de la vente, ni de la revente sur surenchère; ne serait-il pas dangereux de considérer leur hypothèque comme purgée par une adjudication survenue dans de telles circonstances? Les textes qui concernent ces hypothèses ne commandent pas cette doctrine, car aucun d'eux ne donne à ces adjudications l'effet de purger les hypothèques, aucun d'eux ne renvoie à l'article 717 C. Pr., qui attribue cet effet à l'adjudication sur saisie. Il est vrai que le droit de surenchérir une seconde fois est perdu, mais nous venons de montrer qu'il y avait loin entre la perte de ce droit et la perte de l'hypothèque elle-même; l'article 838 atteste que les rédacteurs du Code de procédure ont très bien mesuré cette distance. Dans les limites fixées par le prix d'adjudication, l'adjudicataire restera exposé à l'action hypothécaire; il ne s'en libérera que par l'accomplissement des formalités de la purge organisée par l'article 2193.

183 *bis*. V. Dans ces hypothèses et dans la précédente, nous concluons de l'existence de l'hypothèque des femmes et des mineurs, qu'il y a lieu de procéder à la purge de ces hypothèques après l'adjudication sur surenchère, tandis qu'au n° 169 *bis*, lorsqu'il s'est agi du droit des créanciers inscrits, nous avons déclaré la purge inutile et établi que l'adjudicataire n'aurait qu'à déposer les fonds ou à provoquer une procédure d'ordre. Les situations sont différentes, en effet, comme les deux purges ont des buts différents. La purge des hypothèques inscrites est inutile quand elle ne peut pas mener à une surenchère, car les créanciers sont connus, tandis que la purge des hypothèques dispensées d'inscriptions et non inscrites reste utile, puisqu'elle met les créanciers en demeure de s'inscrire. L'acquéreur, puisque son acte d'acquisition ne purge pas, resterait exposé à des poursuites hypothécaires de créanciers qu'il ne connaît pas, et la purge de l'article 2193 a précisément pour but principal de contraindre ces créanciers à révéler l'existence de leurs hypothèques.

183 *bis*. VI. La solution que nous avons adoptée au n° 183 *bis*, sur l'effet de la vente des immeubles d'un failli à propos de la purge des hypothèques inscrites, nous conduit *à fortiori* à décider que cette adjudication ne purge pas les hypothèques occultes, et

que la purge de ces hypothèques est nécessaire pour que l'acquéreur soit à l'abri de toute poursuite hypothécaire.

183 *bis*. VII. L'expropriation pour cause d'utilité publique purge les hypothèques des femmes, des mineurs et des interdits, dans les conditions déterminées par l'article 17 de la loi du 3 mai 1841.

184. La publication s'opère par un dépôt au greffe, signifié à qui de droit, et par affiche dans l'auditoire du tribunal. Le dépôt consiste dans une copie du contrat, disons mieux, de l'acte translatif de propriété, laquelle copie doit être dûment collationnée. Le dépôt est signifié, tant aux principaux intéressés, c'est-à-dire à la femme elle-même ou au subrogé tuteur, représentant ici les mineurs, qu'au procureur de la République, chargé par l'article 2138 de faire les inscriptions (1). Enfin l'affiche, qui a principalement pour but d'avertir toutes les autres personnes auxquelles la loi donne le droit de requérir l'inscription (v. art. 2139), consiste dans un extrait du titre, contenant les indications les plus nécessaires, savoir : la date du titre, la désignation des parties, celle des biens aliénés, et les conditions de l'aliénation, que la loi, au reste, suppose opérée par vente, mais qui peut procéder de toute autre cause. L'affiche reste exposée durant deux mois ; pendant ce délai les hypothèques peuvent être inscrites par toutes les personnes ayant qualité (v. art. 2136-2139), et l'inscription prise leur assure le même effet que si elle avait eu lieu dès le principe, c'est-à-dire qu'elle leur assure le rang déterminé par l'article 2135 (2), sauf aux créan-

(1) Mais l'acquéreur peut ne pas connaître la femme et le subrogé tuteur, car il peut ignorer le fait même du mariage et de la tutelle. Comment faire alors les significations requises ? Un avis du conseil d'État prescrit de remplacer la signification à la femme ou au subrogé tuteur par l'insertion aux journaux de la signification au procureur de la République. Cette insertion aura lieu dans les formes prescrites par l'article 683 (696 loi 1858) du Code de procédure ; elle devra être annoncée, avec le motif qui y donne lieu, dans la signification au procureur de la République (avis du conseil d'État, 1er juin 1807). (Note de M. DEMANTE.)

(2) L'hypothèque de la femme ne prendra certainement pas rang avant la célébration du mariage, et n'aura pas même toujours ce rang. (V. art. 2135-2°.) La loi qui donne à l'inscription le même effet que si elle avait été prise le jour du *contrat*

ciers, trompés par l'absence d'inscription antérieure, à diriger contre les maris ou tuteurs les poursuites autorisées par l'article 2136. V. art. 2194.

184 *bis*. I. Le but de la procédure organisée par l'article 2194 est d'appeler les créanciers dispensés d'inscription et non inscrits, de les prévenir que l'immeuble grevé de leur hypothèque a été aliéné, et de les sommer de manifester leur hypothèque dans un certain délai, passé lequel ils n'auraient plus de droit contre le tiers détenteur.

184 *bis*. II. La première formalité consiste dans le dépôt au greffe du tribunal d'une copie de l'acte translatif de propriété; c'est une sorte de publicité donnée à cet acte, d'autant plus nécessaire que cette purge, dans le système du Code civil, ne supposait pas une transcription préalable.

Le dépôt de la copie est habituellement fait par un avoué près le tribunal, mais le ministère de l'avoué n'est pas obligatoire, la purge n'étant pas une instance. La partie pourrait donc, par elle-même ou par son mandataire, faire le dépôt au greffe.

Seulement il apparaît immédiatement une difficulté; la copie doit être collationnée, c'est-à-dire que sa conformité avec l'original doit être certifiée après une comparaison faite, et il est difficile d'admettre que la partie ou son mandataire quelconque puisse certifier cette conformité; ces personnes n'ont aucun caractère public, et leur déclaration ne présente aucune garantie de fidélité et surtout d'exactitude. Il faut donc interpréter l'article en ce sens que si le dépôt peut être fait par toute personne, la copie ne peut être certifiée collationnée que par un officier public. Ce sera, par exemple, le notaire dépositaire de la minute qui délivrera la copie; il ne sera même pas nécessaire de produire une copie faite en vue de la procédure de purge; on peut se servir de toute expédition délivrée par le notaire, car l'expédition régulière répond certes à la condition d'être une copie et d'avoir été collationnée.

L'avoué pourra aussi faire la copie, la collationner et la certifier, pourvu qu'il prenne cette copie sur la minute même; sinon, en transcrivant une expédition, il ne ferait qu'une copie de copie, et

de mariage, ne dit rien de contraire. Effectivement l'inscription, fût-elle prise le jour même du contrat, n'attribuerait pas à l'hypothèque un rang antérieur à celui qui est déterminé par l'article 2135. (Note de M. Demante.)

la loi n'attribue pas à ces écrits la même force qu'aux copies tirées sur l'original. La compétence de l'avoué résulte de ce qu'il peut toujours certifier les copies d'une pièce de procédure, et bien qu'il n'ait pas, nous l'avons dit, une compétence exclusive en matière de purge, il ne peut pas être déclaré incapable d'assister les parties dans une opération qui se passe au greffe du tribunal. Il joue alors le même rôle que dans les renonciations à succession ou à communauté, actes pour lesquels l'article 91, § 18, du tarif reconnaît sa compétence en lui allouant un droit de vacation.

184 *bis*. III. Nous venons de raisonner à propos d'actes authentiques dont il existe minute, et il n'est pas impossible que l'acte de vente ait été rédigé sous seing privé. Il faudrait alors que l'avoué certifiât une copie collationnée sur l'un des originaux, ou si l'on n'employait pas le ministère de l'avoué, comme nous n'admettons pas que la partie ou son mandataire puisse collationner et certifier la copie, il faudrait déposer l'original chez un notaire qui en délivrerait alors une expédition, et l'on déposerait l'expédition.

184 *bis*. IV. Le dépôt de la copie collationnée est constaté par un acte du greffier, et cet acte de dépôt est notifié aux personnes indiquées dans l'article 2194. C'est en cette notification que consiste ce que la loi appelle la certification du dépôt, puisque le Code dit que les acquéreurs certifieront par acte signifié le dépôt qu'ils auront fait.

Les personnes qui doivent recevoir cette notification sont celles qui sont particulièrement appelées à prendre sur l'immeuble l'inscription de l'hypothèque des femmes, des mineurs et des interdits, c'est-à-dire la femme, le subrogé tuteur et le procureur de la République. La loi n'impose pas la nécessité d'une notification au tuteur ou au mari, puisque son intérêt est absolument opposé à celui de la femme, du mineur ou de l'interdit.

184 *bis*. V. La troisième formalité consiste dans l'affiche d'un extrait de l'acte d'acquisition dans l'auditoire du tribunal. Cet extrait contient les indications absolument nécessaires pour renseigner le public sur la translation de propriété qui donne lieu à la purge. Il doit rester affiché pendant deux mois.

184 *bis*. VI. La publicité résultant de l'affiche et qui est destinée à avertir tous les créanciers ayant une hypothèque dispensée d'inscription, est en fait très restreinte quant à ses effets; l'aver-

tissement ne pénètre pas jusqu'à ceux qu'il faut avertir; c'est pourquoi le système du Code a été amendé par l'avis du conseil d'État du 1er juin 1807. Les créanciers inconnus doivent être avertis par une publication dans un journal (art. 696, C. Proc.).

184 *bis*. VII. Ces formalités remplies, les créanciers ayant sur l'immeuble une hypothèque non inscrite et dispensée d'inscription ont deux mois pour se faire inscrire. Les deux mois courent, pour les créanciers connus et qui ont dû recevoir des notifications, du jour de l'apposition dans l'auditoire du tribunal, de l'affiche exigée par l'article 2194, et pour les créanciers que l'acquéreur ne connaissait pas, du jour de la publication faite dans les journaux (avis du conseil d'État, du 1er juin 1807).

184 *bis*. VIII. Pendant ce délai de deux mois, les inscriptions prises sont aussi efficaces que si elles avaient été prises avant l'aliénation de l'immeuble, et le créancier conserve le rang qui appartient à son hypothèque d'après sa qualité, c'est-à-dire le rang que lui assigne l'article 2135. Ceci est très clairement indiqué dans le texte de l'article 2194, où nous lisons que les inscriptions produisent le même effet que si elles avaient été prises le jour du contrat de mariage ou le jour de l'entrée en gestion du tuteur. Si des inscriptions avaient été ainsi prises, le rang des hypothèques n'en serait pas changé, et notamment l'hypothèque de la femme ne serait pas colloquée à la date du contrat; car d'après l'article 2135, le rang de cette hypothèque est indépendant de l'inscription; il résulte de la loi, qui ne fait jamais remonter l'hypothèque de la femme plus haut que la date du mariage, et qui souvent lui attribue un rang moins favorable. On a donc eu tort quand on a reproché aux rédacteurs du Code civil d'avoir exprimé ici la pensée que l'hypothèque daterait du jour du contrat (1); la lecture attentive du texte prouve que le rang est simplement le même que si l'inscription avait été prise le jour du contrat, ce qui est une idée exacte exprimée d'une façon très correcte.

185. L'expiration du délai sans inscription affranchit l'immeuble entre les mains de l'acquéreur. La loi réserve seulement le recours, *s'il y a lieu*, contre le mari et le tuteur. V. art. 2195, al. 1.

(1) M. F. Berriat-Saint-Prix, *Notes élémentaires sur le Code civil*, t. III, p. 682, édit. 1848.

185 *bis*. I. Dans le délai de deux mois, fixé par l'article 2194, il peut arriver qu'aucune inscription ne soit prise, ou au contraire qu'il se produise des inscriptions : l'article 2195 règle ces deux hypothèses.

1° *Aucune hypothèque n'a été inscrite.* L'immeuble est alors dégrevé de toutes les hypothèques légales de femmes, de mineurs ou d'interdits qui pourraient le frapper. Il est libre entre les mains du tiers détenteur qui a purgé. C'est la disposition formelle de l'article 2195, 1er *alinéa*.

185 *bis*. II. Cette disposition constate d'une façon certaine l'extinction du droit de suite, puisqu'elle met en saillie ce résultat que l'immeuble passe à l'acquéreur sans aucune charge ; mais on ne voit pas aussi clairement dans la loi si le droit de préférence est perdu, et cette lacune dans le texte du Code a fait hésiter pendant bien longtemps sur les conséquences de la purge qui nous occupe, au point de vue du droit des créanciers sur le prix de l'immeuble, tant qu'il est encore dû.

Un grand nombre de cours d'appel n'admettaient pas que la purge faite dans l'intérêt du tiers détenteur pût profiter à d'autres qu'à lui, c'est-à-dire aux créanciers que primerait l'hypothèque de la femme ou du mineur. Elles présentaient le tiers acquéreur comme n'ayant aucun intérêt à ce que le prix payé par lui passât à tel créancier ou à tel autre, et elles concluaient à la survie du droit de préférence.

La Cour de cassation s'appuyait au contraire sur l'article 2180 qui considère la purge comme un mode d'extinction des hypothèques, c'est-à-dire de l'hypothèque entière, droit de préférence et droit de suite. Elle montrait que le tiers détenteur était intéressé à l'extinction du droit de préférence, dont la persistance l'exposait, de la part des créanciers inscrits, à des surenchères inspirées par la crainte de l'apparition de créanciers inconnus, lors de la distribution du prix. Elle décidait que le droit de préférence était perdu comme le droit de suite (1).

185 *bis*. III. La loi du 21 mai 1858, modificative du Code de procédure, a mis fin à cette controverse. Elle admet que le droit de préférence existe sur le prix encore dû après que le droit de suite a péri par l'expiration du délai de deux mois. Seulement l'existence

(1) V. C. cass. 23 février 1852. Sirey, 1852, 1, 81.

de ce droit est subordonnée à deux conditions : 1° il faut que l'ordre qui distribuera le prix soit ouvert dans les trois mois qui suivent l'expiration du délai de purge, et 2° que le créancier produise à cet ordre dans le délai fixé par l'article 754 C. Proc. (quarante jours après la sommation de produire signifiée aux créanciers inscrits) si l'ordre est judiciaire, ou avant la clôture, si l'ordre est amiable (art. 751).

185 *bis*. IV. De ces deux conditions, la dernière n'a pas besoin d'être justifiée, car elle n'est que l'application des règles générales sur les forclusions en matière d'ordre. Mais la première, celle qui exige que l'ordre soit ouvert dans les trois mois de la purge, est une condition arbitraire dont on n'aperçoit pas facilement l'utilité pratique, puisqu'elle prive les créanciers à hypothèques dispensées d'inscription du droit de préférence qu'on leur a reconnu, alors que le prix n'est pas encore distribué. Il semble qu'il fallait choisir entre deux systèmes extrêmes. Considérer le droit comme éteint par la purge, ou le traiter comme subsistant jusqu'au moment de la distribution du prix : c'étaient les deux systèmes de la jurisprudence ancienne, et le législateur de 1858 paraît avoir cherché un terrain de conciliation : il a voulu, comme dans une transaction, imposer des concessions mutuelles aux partisans des deux opinions. Au reste, à lire l'explication, vague quant au fond et ampoulée quant à la forme, que donne le rapport présenté au Corps législatif, on s'aperçoit facilement que la distinction faite par la loi nouvelle ne se rattachait pas à de solides raisons de droit (1).

185 *bis*. V. La disposition de l'article 772 du Code de procédure qui prive les femmes, les mineurs et les interdits de leur droit de préférence si l'ordre n'est pas ouvert dans les trois mois qui suivent l'expiration du délai de deux mois déterminé par l'article 2194, implique certainement que ces créanciers auront le droit de provoquer l'ouverture de l'ordre, sinon ils seraient à la disposition des autres créanciers qui auraient intérêt à traîner en longueur pour se débarrasser de leur concurrence. Rien d'ailleurs n'est plus conforme à l'esprit qui a dicté la règle dont il s'agit ; puisqu'on voulait éviter les incertitudes sur la situation des divers

(1) Rapport de M. Riché, député : « On a voulu abréger la durée de la période d'incertitude et d'anxiété qui peut paralyser la circulation du prix de vente et des diverses créances inscrites. L'épée ne fut suspendue que pendant quelques heures sur la tête de Damoclès. » V. Sirey, 1852, 3, p. 56.

créanciers, il était logique de multiplier le nombre des personnes qui auraient le droit de provoquer la procédure d'ordre (1).

186. Au contraire, l'inscription conservant à l'hypothèque tous ses effets, il s'agit de les combiner avec ceux des hypothèques ordinaires qui concourent sur le même bien.

L'acquéreur qui a rempli les formalités indiquées à l'égard de chaque classe de créanciers, ne devant que son prix, il est évident qu'il se libère en payant aux créanciers en ordre de recevoir (art. 2186). Si donc les hypothèques ordinaires, préférables à raison de leur ancienneté, absorbent le prix en tout ou en partie, celles des femmes ou des mineurs doivent être ou entièrement effacées, ou réduites à la portion du prix non absorbée. C'est en ce sens que les inscriptions des hypothèques légales doivent, aux termes de la loi, être *rayées en totalité ou jusqu'à due concurrence*. V. art. 2195, al. 2; et remarquez l'intérêt qu'ont dès lors les femmes et les mineurs à jouir, comme les autres créanciers, de la faculté de surenchérir. Aussi ce droit, quoiqu'il ne leur soit pas spécialement réservé, leur appartient-il, selon nous, incontestablement.

186 *bis*. I. 2° *Il est survenu pendant les deux mois une ou plusieurs inscriptions au nom des femmes, des mineurs ou des interdits.*

Les créanciers au nom desquels l'inscription a été prise conservent leur droit d'hypothèque dans toute son étendue, et l'article 2195 suppose qu'ils peuvent se faire colloquer à leur rang sur le prix.

Mais il y a un point qui n'est pas traité dans l'article. Ces créanciers sont-ils obligés de se contenter du prix indiqué dans le contrat? ou bien ont-ils le droit de surenchérir? et s'ils ont ce droit, dans quel délai doivent-ils l'exercer?

Le texte est muet sur ces divers points, et l'on a essayé d'en conclure que le droit de surenchérir n'existait pas dans le cas de purge des hypothèques légales dispensées d'inscriptions et non inscrites. On a présenté le droit de surenchérir comme un droit exceptionnel qui ne peut être reconnu aux créanciers que

(1) V. le rapport, déjà cité, de M. Riché au Corps législatif.

quand la loi le leur a concédé, et l'on a justifié la règle qui leur refuserait ce droit. en faisant remarquer que la dispense d'inscription n'a été accordée qu'à regret par le législateur, que tout en l'accordant, il a essayé par un certain nombre de moyens d'obtenir que l'inscription eût lieu, et c'est un moyen assez énergique de pousser à l'inscription que de refuser le droit de surenchère aux créanciers qui n'ont pas pris inscription avant d'y être invités par une procédure de purge.

Cette solution est difficilement acceptable, parce qu'elle tend à traiter très défavorablement des créanciers que la loi a toujours exceptionnellement protégés. Elle leur refuse un droit qu'on peut appeler nécessaire. Sans ce droit, l'hypothèque fournit une garantie illusoire, car il est toujours possible de fixer dans le contrat un prix très inférieur au prix réel ; bien plus, si le contrat est une donation, comme l'article 2194 n'impose pas la nécessité de faire une offre, les femmes, les mineurs et les interdits seraient absolument dépouillés de leur hypothèque par la purge, puisqu'il n'existerait pas de prix sur lequel ils pussent être colloqués.

Le droit de surenchère peut seul donner vie à l'hypothèque, et la loi serait bien imprudente qui en dépouillerait un incapable, parce qu'il n'aurait pris inscription que sur la purge, alors qu'elle admet d'ailleurs que l'hypothèque existe indépendamment de l'inscription.

186 *bis*. II. Le droit de surenchérir existe donc; mais à quelles conditions? On peut croire, la loi ne disant rien, qu'il faudrait recommencer contre les créanciers qui viennent de s'inscrire une procédure de purge, dans les termes des articles 2183-4-5, c'est-à-dire faire des notifications et des offres sur lesquelles une surenchère serait possible dans un délai de quarante jours. On justifierait cette décision en disant : L'inscription a le même effet que si elle avait été prise au jour du contrat de mariage ou au commencement de la tutelle; or si elle avait été réellement prise à ces époques, il aurait fallu purger dans les conditions de l'article 2183. On ajouterait : L'article 2194 n'impose pas à celui qui purge la nécessité de faire une offre ; donc il n'a pris envers les créanciers aucun engagement ; il est nécessaire qu'il s'oblige; enfin si l'immeuble est donné, on ne voit pas sur quelle base on calculera le chiffre de la surenchère.

L'opinion contraire a prévalu en pratique dans un intérêt de simplicité et de rapidité. On ne veut pas greffer une purge sur une autre. Puisque notre procédure est une purge, elle doit se suffire à elle-même, et dégrever à elle seule l'immeuble hypothéqué. Pour qu'il en soit ainsi, il faut que le délai de deux mois soit donné à la fois pour s'inscrire et pour surenchérir, si besoin est. Il n'y a pas, du reste, d'impossibilité mathématique à trouver les bases de la surenchère, même au cas de donation, car alors le prix étant nul, l'offre la plus faible faite par le surenchérisseur dépassera toujours le prix, plus un dixième, puisque le dixième de zéro est zéro; la somme la plus modique constituera une surenchère suffisante, et le droit de surenchérir ne s'en exercera que plus facilement (1).

186 *bis*. III. Il faut observer, du reste, que si la purge ordinaire avait été faite antérieurement, et si elle avait été suivie d'une surenchère, le créancier à hypothèque non inscrite ne pourrait pas surenchérir à cause de la règle : *Surenchère sur surenchère ne vaut*. Il trouverait toute garantie dans ce fait que le bien aurait déjà été mis en adjudication publique.

186 *bis*. IV. Il reste à dire comment s'exerce sur le prix de la vente primitive ou de l'adjudication sur surenchère, l'hypothèque de la femme, du mineur ou de l'interdit.

Si l'hypothèque légale est primée, pour la totalité du prix, par des créanciers antérieurs en rang, ces créanciers sont payés, le créancier à hypothèque légale ne touche rien, et son inscription est rayée. Pour que des créanciers passent avant l'hypothèque légale, il ne suffit pas que leur inscription soit antérieure à l'inscription prise sur la purge en faveur de la femme, du mineur ou de l'interdit, mais il faut qu'elle soit antérieure à l'époque fixée par l'article 2135, comme étant celle d'où dépend le rang de l'hypothèque légale. Ceci n'apparaît pas très clairement dans l'article 2195, mais les principes de la matière des hypothèques ne permettent aucun doute sur ce point; le rang des hypothèques légales qui nous occupent ne dépend pas de la date de leur inscription. Il faut, dans l'article 2195, comprendre le mot *antérieure* dans le sens du mot *préférable*.

186 *bis*. V. Il y a encore un point qui n'est pas très nettement

(1) V. C. I. Bordeaux, 1er juin 1863. Sirey, 1864, 1, 142.

exprimé dans l'article 2195-2°. La loi suppose que les créanciers préférables à l'hypothèque légale absorbent seulement une partie du prix, et elle parle pour cette hypothèse d'une radiation de l'hypothèque légale qui aurait lieu jusqu'à due concurrence. Il est impossible de comprendre cette radiation partielle. Dans l'espèce, il reste une partie du prix sur laquelle l'hypothèque légale viendra en ordre utile : c'est une situation qui sera réglée par le troisième alinéa de l'article; mais il n'y a aucune modification à faire subir à l'inscription de l'hypothèque légale. Il semblerait d'après l'article que le gage diminuant, il faut diminuer l'inscription, la réduire à une due concurrence; mais nous ne voyons jamais que l'importance plus ou moins grande de la valeur hypothéquée implique une différence dans l'inscription. Une diminution du chiffre de la créance demanderait une réduction du chiffre indiqué dans l'inscription; mais la créance de la femme, du mineur ou de l'interdit ne diminue pas, quoique son gage hypothécaire soit amoindri et qu'il ne puisse exercer utilement son droit que sur une fraction du prix total de l'immeuble. Les mots *et jusqu'à due concurrence* ont donc été écrits sans que le rédacteur de l'article s'en rendît bien compte, et peut-être parce qu'il a cru répéter ce qu'on venait de dire, que l'acquéreur était libéré jusqu'à concurrence de la partie du prix qu'il avait payée.

187. *Si les inscriptions des femmes et des mineurs sont les plus anciennes* (c'est-à-dire si la fiction qui leur donne *la date du contrat de mariage ou de l'entrée en gestion du tuteur*, pour assurer à l'hypothèque légale le rang fixé par les diverses dispositions de l'article 2135, attribue à cette hypothèque la priorité sur les hypothèques inscrites avant elle), il est évident qu'aucun paiement ne peut avoir lieu à leur préjudice. Si donc elles empêchent les autres créanciers de venir en ordre utile, il paraît tout simple de dire, avec la loi, que les inscriptions de ceux-ci seront rayées. V. art. 2195, al. dernier. C'est là, en effet, ce qui se pratiquera sans difficulté si les droits garantis par l'hypothèque légale étant déjà ouverts, les femmes ou les mineurs sont colloqués et payés jusqu'à concurrence du prix (v. C. Pr., art. 759, 767).

187 *bis*. I. L'hypothèque légale peut être préférable à celle des

autres créanciers hypothécaires. C'est l'hypothèse que l'article a en vue quand il est dit que les inscriptions des femmes, mineurs ou interdits sont les plus anciennes. La date de l'inscription est indifférente, nous l'avons déjà dit; ce qui doit être plus ancien, c'est le temps auquel remonte l'hypothèque légale d'après les dispositions de l'article 2135.

Quand l'hypothèque légale est préférable, elle a pour effet d'empêcher de faire aucun paiement aux autres créanciers hypothécaires; l'acquéreur qui paierait un de ces créanciers s'exposerait à payer deux fois, puisqu'il pourrait arriver que la totalité du prix qu'il doit fût nécessaire pour le paiement du créancier qui a l'hypothèque légale. Ce n'est pas à dire pour cela que les inscriptions des créanciers primés par l'hypothèque légale doivent être immédiatement rayées; la loi paraît dire qu'il en est ainsi, mais elle se place évidemment à une époque où l'on est sûr que l'hypothèque légale absorbe la totalité du prix. Ceci ressort des termes mêmes de l'article, qui parle de rayer les inscriptions qui ne viennent pas en ordre utile, et par conséquent qui retarde la radiation jusqu'au moment où il sera possible de savoir si les créanciers primés par l'hypothèque légale trouveront ou ne trouveront pas une portion du prix, sur laquelle ils puissent être payés.

187 *bis*. II. On ne sait pas habituellement au moment de la purge si l'hypothèque légale, qui prime d'autres hypothèques, absorbera ou non la totalité du prix. L'hypothèque légale garantit une créance indéterminée. Le montant n'en est quelquefois pas même déterminable au moment de la purge, car cette procédure peut avoir lieu au cours du mariage ou de la tutelle qui a donné naissance à l'hypothèque, et il serait profondément injuste de rayer les inscriptions ultérieures, qui pourraient plus tard être très utiles, si l'hypothèque légale n'absorbe pas tout le prix. Cette radiation, d'ailleurs, ne serait pas très avantageuse à l'acquéreur tant que son immeuble resterait grevé de l'inscription d'hypothèque légale. La radiation ne sera possible que quand la situation sera éclaircie, c'est-à-dire quand sera venue l'époque où l'on pourra liquider les droits de la femme, du mineur ou de l'interdit. Alors on saura si les hypothèques légales absorbent tout le prix, et, s'il en est ainsi, on rayera les autres inscriptions.

187 *bis*. III. Il résulte de tout ceci que le tiers détenteur qui a essayé de purger les hypothèques légales dispensées d'inscription,

se trouvera, malgré tout, en présence d'un immeuble frappé d'inscriptions diverses : premièment, de l'inscription de l'hypothèque légale, qu'il ne pourra pas éteindre par un paiement; secondement, par les autres inscriptions qu'il faudra subir jusqu'à la liquidation, peut-être très éloignée, des créances de l'incapable garanties pour l'hypothèque légale.

187 *bis*. IV. Il sortira de cette situation en consignant son prix à la caisse des consignations. En effet, ce qui lui est interdit par l'article 2196, c'est de payer au préjudice des inscriptions d'hypothèques légales. Or, consigner, ce n'est pas payer, et surtout ce n'est pas préjudicier à l'hypothèque légale, car tous les droits sont réservés. Les droits d'hypothèque qui grevaient l'immeuble sont transportés sur le prix déposé à la caisse, et s'exerceront sur ce prix quand le moment sera venu. Aussitôt cette consignation opérée, le tiers détenteur pourra faire rayer toutes les inscriptions, celle de l'hypothèque légale comme les autres; car, en vertu de la purge, il ne peut être tenu que jusqu'à concurrence de son prix, et ce prix consigné, l'immeuble ne peut plus être affecté aux hypothèques.

CHAPITRE X

DE LA PUBLICITÉ DES REGISTRES, ET DE LA RESPONSABILITÉ DES CONSERVATEURS.

188. La publicité de l'hypothèque est essentiellement attachée à celle des registres. Sa conservation dépend en général de la régularité avec laquelle ces registres sont tenus. Il n'est pas moins important que la plus grande exactitude soit observée dans la délivrance des extraits ou certificats qui en sont relevés.

189. La publicité des registres consiste dans le droit qu'a toute personne de prendre connaissance des transcriptions ou inscriptions, en s'en faisant délivrer copie, ou de s'assurer qu'il n'en existe pas, par des certificats négatifs. V. art. 2196.

190. Quant à la tenue régulière, et à l'exactitude des extraits ou certificats, la loi y pourvoit par la responsabilité des conservateurs. En effet, ils sont responsables du préjudice résultant de l'omission des transcriptions ou inscriptions (1). Ils le sont également du défaut de mention dans leurs certificats d'une ou de plusieurs inscriptions, si toutefois l'erreur peut leur être imputée. V. art. 2197.

191. L'omission d'une inscription dans le certificat du conservateur doit porter préjudice, soit au créancier omis, soit à la personne qui a été induite en erreur par cette omission. Lorsque cette personne est un acquéreur qui voulait purger, et qui, par l'inexactitude du certificat, s'est trouvé dans l'impossibilité de faire à un créancier les notifications légales, la loi fait prévaloir la bonne foi de cet acquéreur sur le droit de ce créancier, qui n'a pas plus que lui de reproches à se faire. Elle réserve seulement à celui-ci, outre son recours contre le conservateur, le droit de se présenter à l'ordre, tant que le prix n'est pas payé ou l'ordre homologué. Mais pour qu'il en soit ainsi, il faut que l'acquéreur ait déjà, lors de la réquisition du certificat, manifesté par la transcription l'intention de purger. V. art. 2198.

191 *bis*. Il n'y a pas, à proprement parler, d'homologation de l'ordre. L'époque que l'article considère, et passé laquelle le créancier ne peut plus exercer son droit de préférence, c'est l'époque de la clôture de l'ordre. Or, la procédure d'ordre prend fin par une ordonnance de clôture émanée du juge-commissaire (art. 759 C. Pr.), quand il ne s'élève pas de contestation. S'il s'est élevé des contestations, l'ordre est clos par le jugement qui statue sur ces difficultés (art. 762, C. Pr.).

192. Les conservateurs ne peuvent refuser ni retarder les divers actes de leur ministère, sous peine des dommages-

(1) Il faut évidemment assimiler au cas d'omission la radiation faite contre le prescrit de la loi. Il en serait de même si le registre ne reproduisait pas exactement le contenu aux bordereaux. Du reste, un avis du conseil d'État, en reconnaissant dans ce dernier cas l'application de la responsabilité, indique un moyen de réparer, pour l'avenir, les erreurs ou irrégularités, sans qu'il soit besoin de recourir aux tribunaux. V. Avis du conseil d'État, 26 décembre 1810. (Note de M. Demante.)

intérêts des parties, qui, à cet effet, peuvent faire constater les refus ou retardements. Le procès-verbal s'en dresse sur-le-champ; et, pour y procéder, la loi donne également qualité, soit à un juge de paix, soit à un huissier audiencier, soit à un autre huissier ou à un notaire; mais l'huissier ordinaire et le notaire doivent être assistés de deux témoins. V. art. 2199.

193. Néanmoins, on ne pouvait exiger que les inscriptions ou transcriptions fussent portées immédiatement sur les registres destinés à les recevoir, car souvent le temps manquerait. On concilie tout en obligeant les conservateurs à tenir un registre tenu double sur lequel les remises sont inscrites jour par jour et par ordre numérique; après quoi les conservateurs sont tenus d'opérer les transcriptions ou inscriptions ou mentions à la date et dans l'ordre des remises. Bien entendu, au reste, qu'au moment de la remise il en est donné reconnaissance au requérant; cette reconnaissance doit être écrite sur papier timbré, et rappeler le numéro du registre des remises. V. art. 2200, modifié par L. 5 janvier 1875.

194. Les registres des conservateurs sont assujettis à des formes qui répondent à l'importance de leur contenu, et qui, au surplus, s'appliquent à tous ces registres. Destinés à recevoir des actes, ils sont nécessairement en papier timbré, cotés et parafés à chaque page, par première et dernière, par l'un de juges du tribunal; ils sont à l'abri des suppressions ou intercalations de feuillets; toute antidate y devient impossible, puisque la loi, qui défend d'ailleurs d'y laisser aucun blanc ou interligne (art. 2203), prescrit de les arrêter jour par jour. V. art. 2201.

195. Des peines sévères contre les conservateurs garantissent l'exécution fidèle des diverses obligations qui leur sont imposées dans ce chapitre. La première contravention est punie d'une amende de deux cents à mille francs; la seconde entraînerait destitution. Dans tous les cas, les parties lésées peuvent, comme de raison, obtenir des dommages-intérêts. Et comme il est équitable que la peine pécuniaire prononcée

au profit du trésor public ne mette point obstacle à l'acquittement intégral des réparations (*Modest., D. L.* 17; *Papin., D. L.* 37, *de jur. fisc.*), la loi veut que les dommages-intérêts soient payés avant l'amende. V. art. 2202.

196. La loi attache une importance particulière à ce que les mentions de dépôt, les inscriptions et transcriptions, soient faites tout de suite, sans aucun blanc ni interligne. La contravention ici est punie d'une amende de mille à deux mille francs, sans préjudice, bien entendu, des dommages-intérêts et du privilège dont ils jouissent. V. art. 2203.

TITRE DIX-NEUVIÈME

DE L'EXPROPRIATION FORCÉE ET DES ORDRES ENTRE LES CRÉANCIERS.

197. L'hypothèque mène à l'expropriation, et l'expropriation donne lieu à l'ordre ou distribution du prix entre les créanciers; telle est la liaison de ce titre avec le précédent. Du reste, il est à remarquer que l'expropriation peut avoir lieu indépendamment de toute hypothèque (art. 2092, 2093, 2213), et qu'il n'est pas nécessaire non plus qu'il y ait expropriation forcée pour donner lieu à ordre (C. Pr., art. 775).

CHAPITRE I

DE L'EXPROPRIATION FORCÉE.

198. Le nom d'expropriation forcée, dans son sens naturel, pourrait convenir à toute vente des biens d'un débiteur, poursuivie à la requête de ses créanciers. Mais, sous ce nom, le Code civil désigne spécialement la vente forcée des immeubles. L'importance de cette nature de biens en a fait soumettre la mise en vente à des conditions et à des formes toutes spéciales.

198 *bis*. Le chapitre intitulé : *De l'expropriation forcée,* traite de la *saisie immobilière*. Il devrait appartenir au Code de procédure, et, en effet, un grand nombre de ses dispositions contiennent des règles de forme. Les premiers articles, cependant, sont relatifs aux choses qui peuvent être saisies immobilièrement, et aux restrictions apportées au droit de saisie dans l'intérêt de certains incapables; ils attireront plus particulièrement notre attention.

199. Sont susceptibles d'expropriation : 1° les immeubles par leur nature, et avec eux leurs accessoires réputés immeubles; ce qui comprend notamment les immeubles par destination; 2° parmi les immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent, l'usufruit des choses immobilières. V. art. 2204; et remarquez que les biens susceptibles d'expropriation sont aussi les seuls qui soient susceptibles d'hypothèque (art. 2118).

199 *bis*. Le Code ne parle pas des servitudes actives parce qu'elles n'ont pas d'existence propre et qu'elles ne pourraient être saisies qu'avec l'immeuble dominant dont elles sont les accessoires.

Il n'est pas non plus question, dans l'énumération des biens immobiliers saisissables, de ce que l'article 526 appelle les actions tendant à revendiquer un immeuble. En effet, l'action en revendication se confond avec le droit de propriété dont elle n'est que la manifestation; il n'y a pas lieu par conséquent à saisir distinctement l'action. Reste à savoir comment les créanciers réaliseront leur gage par rapport à un bien appartenant à leur débiteur et qui serait possédé par un tiers. Nous pensons qu'ils auraient à leur disposition deux moyens : le premier consisterait à revendiquer l'immeuble en exerçant le droit de leur débiteur (art. 1166) pour le saisir ensuite; le second moyen serait plus direct. Ils saisiraient l'immeuble comme appartenant à leur débiteur sans tenir plus de compte du possesseur qu'ils ne tiendraient compte d'un locataire ou d'un fermier, et le possesseur pourrait faire valoir ses droits en alléguant sa possession et en obligeant le saisissant à démontrer le droit de propriété de son débiteur.

200. Les biens susceptibles d'expropriation y sont en général sujets par cela seul qu'ils appartiennent au débiteur. Sous ce rapport, l'expropriation semblerait pouvoir s'appliquer même à la part indivise d'un cohéritier dans les immeubles d'une succession. Mais la loi, soit eu égard au résultat éventuel du partage, soit à cause de la difficulté de vendre avantageusement des droits indivis, ne permet pas cette poursuite au créancier personnel de l'un des héritiers. Reste pour lui la faculté de provoquer le partage ou la licitation, du chef

de son débiteur (art. 1166), ou d'y intervenir (art. 882). V. art. 2205.

200 *bis*. I. La règle de l'article 2205 protège le propriétaire par indivis, dont le créancier voudrait saisir et vendre la part, la vente lui serait nécessairement désavantageuse par une raison de fait et par une raison de droit : en fait, les enchérisseurs ne se présenteraient pas nombreux pour acquérir un droit indivis, c'est-à-dire pour acquérir une chose dont ils n'auraient pas la jouissance, l'administration et la disposition exclusives. En droit, la propriété ainsi acquise n'aurait rien de stable, parce que l'adjudicataire devenu copropriétaire par indivis serait exposé aux conséquences de l'article 815, toujours sous le coup d'un partage ou d'une licitation qui le dépouillerait de la chose acquise. Les enchères seraient refroidies par cette double raison.

200 *bis*. II. Les motifs de la loi conduisent à donner à l'article une application plus large que celle qui paraît indiquée par ses termes. Le texte ne parle que de la propriété indivise entre plusieurs cohéritiers. Si l'indivision existait à la suite d'une communauté ou d'une société, il faudrait soumettre le droit des créanciers d'un des copropriétaires à la restriction qui ressort de l'article 2205. Le Code a réglé la théorie du partage dans le titre des successions, et c'est pour cela que sa pensée se porte plus naturellement sur des copropriétaires qui sont en même temps cohéritiers. Mais les articles 1476 et 1872 déclarent que les règles sur la forme et les effets des partages sont applicables aux cas de communauté et de société. Dès lors, on doit comprendre ces deux cas dans l'article 2205 qui a trait certainement aux formes du partage.

200 *bis*. III. Nous manquons de texte quand nous raisonnons sur une copropriété qui s'est établie en dehors d'une succession, d'une communauté ou d'une société. Aussi a-t-on voulu soustraire cette copropriété à la règle de l'article 2205 ; nous appliquerons néanmoins cette règle, parce que les motifs qui l'inspirent sont aussi puissants dans cette hypothèse que dans les autres, et que d'ailleurs le silence de la loi n'est pas significatif, parce que le Code ne s'est jamais occupé de réglementer ce genre d'indivision qui est cependant soumis de l'aveu de tous aux règles générales qui régissent le partage, notamment aux articles 815, 883 et 2103.

200 *bis*. IV. C'est aux créanciers personnels d'un héritier que

songe l'article 2205, et qu'il refuse le droit de saisir pendant l'indivision. Il reconnaît par là qu'il peut exister d'autres créanciers auxquels ce droit ne serait pas refusé. Ce seraient les créanciers du défunt, devenus créanciers de tous les copropriétaires. Ils pourraient alors saisir sur eux tous ; cette saisie ne présenterait pas les inconvénients que nous avons signalés ; car l'adjudicataire devant acquérir à la fois toutes les fractions de l'immeuble, ce bien serait vendu aussi cher que s'il était saisi sur un seul propriétaire de la totalité.

201. Tous les biens du débiteur étant également le gage de ses créanciers (art. 2092, 2093), rien n'oblige, en principe, le créancier à discuter préalablement le mobilier. Mais il en est autrement si le débiteur, à raison de sa minorité ou de son interdiction, est placé sous la protection spéciale de la loi. V. art. 2206.

201 *bis*. Il ne s'agit pas ici d'un bénéfice de discussion soumis aux conditions des articles 2022, 2023 et 2170. Ce n'est pas au débiteur à invoquer cette exception, à indiquer les biens et à avancer les frais. La discussion préalable est une condition imposée au créancier qui veut saisir. C'est à lui de satisfaire à cette obligation, sinon la saisie pourrait être arguée de nullité dans le délai déterminé par l'article 728 du Code de procédure.

202. Au reste, le créancier, même du mineur ou de l'interdit, est dispensé de la discussion préalable, dans deux cas :

1° Lorsque la propriété des immeubles est commune au mineur ou interdit, et à un majeur également tenu de la dette : car le créancier ne pouvait être assujetti à cette discussion à l'égard du majeur; et, d'un autre côté, on ne pouvait l'obliger à faire vendre séparément la part indivise de celui-ci;

2° Lorsque les poursuites ont été commencées utilement contre un majeur capable; on sent que ces poursuites ne doivent être arrêtées, ni par l'événement postérieur, qui fait passer à un incapable la propriété du bien saisi, ni par l'interdiction prononcée contre le propriétaire. V. art. 2207.

203. L'expropriation se poursuit, en général, contre le propriétaire tenu personnellement ou comme détenteur, pourvu

qu'il soit capable d'aliéner. S'il ne l'est pas, elle se poursuit, selon les cas, contre lui, dûment assisté, ou contre ses représentants légaux.

Cela posé, il est clair que s'il s'agit d'un bien de communauté et d'une dette de communauté, le mari, réputé seul propriétaire et seul débiteur, doit être seul en cause, et ce, quand même la femme serait obligée à la dette. V. art. 2208, al. 1.

Que s'il s'agit d'un immeuble propre à la femme personnellement obligée, celle-ci doit procéder, soit avec son mari, soit sous l'autorité de justice. V. art. 2208, al. 2.

Si la femme est mineure, elle peut toujours procéder avec son mari, qui est son curateur légal; mais, en cas de refus ou de minorité du mari, la loi veut qu'il soit nommé à la femme, par justice, un tuteur, contre lequel la poursuite est exercée. V. art. 2208, al. dernier.

203 *bis*. I. La disposition de l'article est assez large pour comprendre tous les cas où la communauté peut être poursuivie par un créancier; elle s'applique par conséquent à la poursuite d'une dette contractée par la femme avec l'autorisation de son mari : le mari étant obligé dans ce cas, on se trouve dans les termes mêmes de l'article 2108, 1er aliéna.

Mais on n'est plus dans les limites de l'hypothèse prévue si l'on suppose que le poursuivant est un créancier de la femme qui poursuit le paiement d'une dette ne tombant pas à la charge de la communauté, et qui veut saisir un immeuble de communauté. Voici l'espèce à laquelle nous songeons. Les époux ont stipulé la séparation des dettes, et la femme a ameubli en propriété un de ses immeubles. Malgré la séparation des dettes, les créanciers antérieurs au mariage peuvent saisir dans la communauté les biens apportés par leur débiteur (1). Donc les créanciers de la femme dont les droits sont antérieurs au mariage peuvent saisir l'immeuble qu'elle a ameubli, et nous ne trouvons pas alors les faits sur lesquels raisonne l'article 2208, c'est-à-dire l'expropriation d'un immeuble de communauté à poursuivre contre le mari débiteur. Néanmoins,

(1) V. t. VI, n° 176

c'est toujours contre le mari que la poursuite doit être dirigée, car c'est lui qui représente la communauté propriétaire de l'immeuble et qui a surtout intérêt à surveiller la procédure de saisie.

203 *bis*. II. Quand il s'agit de saisir un propre de la femme et qu'à défaut d'autorisation du mari l'on a recours à l'autorisation de la justice, on ne pourra saisir et vendre que la nue propriété, puisque l'usufruit appartient à la communauté et que la justice ne peut pas disposer malgré le mari des biens de la communauté.

Cependant le mari ne pourra pas par sa résistance nuire aux droits des créanciers; si ceux-ci ont l'usufruit des biens dans leur gage, ils pourront le saisir, mais ils ne devront pas se contenter de faire une saisie sur la femme autorisée de justice, ils devront directement, pour l'usufruit, saisir sur la personne même du mari.

En parlant des créanciers qui ont pour gage l'usufruit des propres de la femme, nous pensons à ceux dont les droits remontent à une époque antérieure au mariage, et qui n'ont pas d'action contre la communauté, parce que les époux ont stipulé la séparation des dettes, ou bien encore aux créanciers d'une succession purement immobilière acceptée par la femme avec autorisation de la justice et qui poursuivent un des immeubles de la succession. Dans ces deux hypothèses les créanciers peuvent poursuivre, même dans la communauté, l'apport de la femme, et certes l'usufruit des propres fait partie de cet apport.

203 *bis*. III. Les époux peuvent être mariés sous un autre régime que celui de la communauté; la situation sera toujours régie par les principes de l'article et même par son texte, car lorsqu'il a parlé des immeubles de la femme qui ne tombent pas en communauté, il a embrassé dans une expression large non seulement les propres de la femme commune, mais les biens de la femme non commune ou de la femme séparée, les paraphernaux de la femme dotale et même les biens dotaux sous le régime dotal.

Il faudra, quant à ces divers biens, faire la distinction précédemment indiquée entre ceux dont le mari a l'usufruit et ceux dont la femme a la propriété et l'usufruit.

203 *bis*. IV. Quant aux immeubles dotaux, dans les hypothèses où ils pourraient être saisis, il s'élèvera une difficulté particulière à cause de l'article 1549 qui donne au mari *seul* l'exercice des actions dotales, même de l'action en revendication de l'immeuble. Nous pensons toutefois qu'il faudrait diriger les poursuites contre

la femme, à raison de la généralité des termes de l'article 2208; ajoutons que défendre à une poursuite de saisie, ce n'est pas poursuivre un détenteur de la dot; or l'article 1549 ne réserve au mari que le droit de poursuivre les détenteurs. De même que nous avons excepté de l'article 1549 l'action en partage, qui n'est pas toujours considérée comme le simple exercice d'un droit litigieux (1), de même nous mettrons en dehors de l'article 1549 un acte de défense à des poursuites de saisie. Notre solution a d'ailleurs cet avantage qu'elle ne compromet aucun intérêt, puisque le mari sera toujours lié à la saisie et que nous exigeons en plus que la femme soit avertie des poursuites dirigées contre elle; ce n'est pas son consentement que nous demandons, comme s'il s'agissait d'une action à intenter pour elle; on pourrait craindre que par un refus obstiné elle ne compromît ses droits et ceux de son mari; elle n'a pas à consentir à la saisie qui se fait contre elle et malgré elle, mais il est bon qu'elle soit liée à la procédure, et si nous interprétons la loi dans un sens extensif, notre justification, c'est qu'en fait de précaution, ce qui abonde ne vicie pas.

203 *bis*. V. La nomination d'un *tuteur*, lorsque la femme est mineure et que son mari est lui-même mineur ou refuse son autorisation, a quelque chose d'anormal. La femme en effet est émancipée par son mariage, et les mineurs émancipés ne reçoivent pas des tuteurs, mais des curateurs. Il y a probablement là une inadvertance des rédacteurs de l'article, et cet oubli des règles du titre de la tutelle est d'autant plus regrettable qu'il en résulte pour la femme une privation de droit d'être liée personnellement à la procédure de saisie. Le tuteur est le représentant du mineur (art. 450), le mineur en tutelle n'intervient pas personnellement dans ses affaires, donc le tuteur seul aura un rôle actif dans la procédure. Si au contraire la femme émancipée avait un curateur, elle agirait elle-même dans cette procédure avec l'assistance de son curateur.

204. Nous avons déjà dit que, rigoureusement parlant, le droit de saisir indistinctement tous et chacun des biens de son débiteur appartient au créancier, en vertu des articles 2092 et 2093. Mais l'équité a fait admettre ici divers tempéraments

(1) V. t. VI, n° 221 *bis*, IV.

à cette règle : les uns, déjà connus, résultent des articles 2205 et 2206 ; les autres sont compris dans les articles 2209-2212.

205. Quoiqu'il ne soit pas nécessaire d'avoir hypothèque sur un bien pour en poursuivre l'expropriation, la loi, cependant, par une exception très-conforme au principe de la spécialité, veut que le créancier hypothécaire ne puisse poursuivre la vente des biens non hypothéqués qu'en cas d'insuffisance de ceux qui lui sont hypothéqués. V. art. 2209.

205 *bis*. L'insuffisance des biens hypothéqués peut être démontrée aux tribunaux par tous les moyens possibles, et la loi n'exige pas que les biens aient été saisis et vendus, si le créancier peut démontrer que la saisie et la vente ne fourniraient pas les moyens de le payer, par exemple s'il est primé par des inscriptions pour des sommes tellement importantes qu'il n'a pas chance d'arriver en ordre utile.

206. La vente des biens situés dans divers arrondissements devant en principe être suivie dans des tribunaux différents, et la raison d'économie n'obligeant pas alors le créancier à faire vendre tous ces biens simultanément, la loi, dans l'intérêt du débiteur, ne permet en général de les mettre en vente que successivement. Mais le motif de la loi cessant lorsqu'il est établi que la valeur totale des biens est insuffisante pour désintéresser le saisissant et les créanciers inscrits, une loi postérieure déroge pour ce cas à la règle établie par le Code, qui lui-même consacre une autre exception à l'égard des biens soumis à une même exploitation : c'est alors l'avantage du débiteur lui-même qui commande de ne pas les diviser. Au premier cas, la vente se poursuit simultanément dans les tribunaux respectifs de la situation ; au second cas, elle se poursuit au tribunal du chef-lieu de l'exploitation, ou au tribunal de la situation des biens qui représentent le plus grand revenu. V. art., 2210, et L. 14 nov. 1808.

206 *bis*. L'exception introduite à l'article 2210 par la loi du 14 novembre 1808 prévoit le cas où les divers biens situés dans des arrondissements différents ont une valeur totale inférieure au

montant réuni des sommes dues tant au saisissant qu'aux autres créanciers inscrits.

La valeur des biens est établie d'après les derniers baux authentiques sur le pied du denier vingt-cinq, ou d'après le rôle des contributions foncières, sur le pied du denier trente.

207. Du reste, le créancier hypothécaire ne peut jamais, de prime abord, mettre en vente avec les biens hypothéqués ceux qui ne le sont pas. Quant aux biens situés dans divers arrondissements, quoique le créancier puisse, dans les deux cas ci-dessus, les mettre en vente simultanément, il est possible qu'il n'use pas de cette faculté. Mais dans tous les cas où les biens font partie d'une seule et même exploitation, le débiteur peut requérir la poursuite simultanée, sauf, si le prix de chaque immeuble doit être distribué entre des créanciers différents, à en établir distinctement le prix par ventilation. V. art. 2211.

208. Quoique la modicité de la dette, comparativement à la valeur du bien, ne soit point, en général, un obstacle au droit qu'a le créancier de le mettre en vente, cependant la loi, *humanitatis causa*, permet au débiteur d'obtenir des juges la suspension de la poursuite, s'il justifie qu'une année de revenu de ses immeubles est suffisante pour désintéresser pleinement le créancier, et s'il lui en offre la délégation. Du reste, l'efficacité de cette délégation dépendant de l'avenir, il est clair que la poursuite sera reprise s'il survient quelque obstacle au paiement. V. art. 2212.

208 *bis*. I. Le débiteur satisfait aux conditions exigées par l'article 2212 quand, pour obtenir un sursis par rapport à un certain immeuble qui a été saisi, il délègue le revenu de ses autres immeubles; le texte est formel sur ce point.

208 *bis*. II. Le Code a prévu seulement le cas où le revenu des immeubles était prouvé par des baux authentiques; quand les baux ne sont pas authentiques ou quand les biens ne sont pas affermés, il serait utile de trouver un procédé pour établir le montant des revenus; mais la loi n'a pas réglé ce point, et comme il s'agit ici d'une règle exceptionnelle qui suspend les effets d'une

exécution commencée, il est impossible de sortir des termes de la loi. La règle en effet est exceptionnelle, car on n'est pas dans un cas où le terme de grâce peut être accordé, selon l'appréciation arbitraire du juge; on est placé dans une de ces hypothèses où les tribunaux ne peuvent pas accorder des délais au débiteur, et l'article 2212 ne leur attribue ce droit que sous certaines conditions qui doivent être rigoureusement exigées (1).

208 *bis*. III. Le texte suppose qu'il survient quelque opposition ou quelque obstacle au paiement. L'obstacle résulterait de la perte des récoltes, de l'insolvabilité du fermier ou même de la destruction de quelques-uns des immeubles. Ces événements rendraient sans effet la délégation des revenus.

L'opposition émanerait de créanciers qui feraient valoir leur droit avant la notification de la délégation (art. 1690) ou d'autres délégataires qui auraient antérieurement signifié la délégation faite à leur profit.

209. Les règles générales sur l'exécution forcée des jugements ou actes s'appliquent à plus forte raison pour l'expropriation; elle ne peut donc être poursuivie qu'en vertu d'un titre exécutoire, et pour choses liquides et certaines. Mais la chose peut être liquide en espèces sans l'être en argent; alors on peut saisir, mais il est sursis à toute poursuite ultérieure jusqu'à l'appréciation. V. art. 2213, C. Pr., art. 551.

210. Le cessionnaire d'une créance n'étant saisi, à l'égard des tiers, que par la signification (ajoutons, ou acceptation authentique, art. 1690), il ne peut, jusque-là, poursuivre l'expropriation. V. art. 2214.

211. On applique aussi à la poursuite en expropriation la règle générale suivant laquelle tout jugement de condamnation, rendu contradictoirement, pourvu qu'il ne soit point attaqué par appel ou qu'il soit exécutoire par provision, peut être mis à exécution. Mais pour procéder à l'adjudication, dont les effets sont définitifs, il faut que le jugement soit définitif, et ne soit pas susceptible d'être réformé. V. art. 2215, al. 1.

(1) V. t. V, n° 183 *bis*, VII.

Si le jugement est par défaut, la poursuite même est suspendue durant le délai de l'opposition. V. art. 2215, al. dernier.

211 *bis*. I. Le jugement en dernier ressort ou celui qui est passé en force de chose jugée est peut-être attaquable par la voie de la requête civile ou du pourvoi en cassation. Mais l'exécution n'est suspendue ni par le délai pendant lequel le jugement peut être attaqué par ces voies, ni même par le fait qu'un pourvoi ou qu'une requête civile a été formée. La saisie et l'adjudication devraient donc avoir lieu.

211 *bis*. II. Quant aux jugements par défaut, il faut faire une distinction que le Code n'a pas faite, mais qui résulte des dispositions du Code de procédure. L'exécution est en réalité suspendue pendant le délai d'opposition, quand le défaut était un défaut faute de conclure; mais quand il s'agit d'un défaut faute de constituer avoué, l'article 148 C. Pr. admet l'opposition jusqu'à l'exécution, ce qui implique que l'exécution est possible alors même que l'opposition peut encore s'effectuer, et l'article 159 dit expressément qu'un immeuble a pu être saisi en vertu d'un jugement susceptible d'opposition.

212. La poursuite serait nulle s'il n'était rien dû au poursuivant; mais la *plus-pétition* n'emportant pas chez nous déchéance, elle ne serait pas annulée pour avoir été commencée pour une somme plus forte que celle qui est due. V. art. 2216.

213. Avant de procéder à l'exécution sur la personne ou sur les biens d'un débiteur, il est nécessaire de compléter sa mise en demeure par un commandement de payer. Cette règle, commune à toutes les exécutions par voie de saisie, était avec raison appliquée à l'expropriation par la législation même qui n'exigeait point de saisie (1). Aussi notre législateur s'empresse-t-il de proclamer ici la nécessité du commandement. Du reste, il s'en réfère, pour sa forme et pour celle des pour-

(1) V. L. 11 brumaire an VII, art. 1 et 5.

suites ultérieures, au Code de procédure, lors à intervenir. V. art. 2217 ; et C. Pr., art. 673-748.

CHAPITRE II

DE L'ORDRE ET DE LA DISTRIBUTION DU PRIX ENTRE LES CRÉANCIERS.

214. Lorsque, après l'adjudication, le débiteur et les créanciers ne se règlent pas à l'amiable sur la distribution du prix, il y a lieu de recourir pour cela à une procédure d'ordre. Les règles qui la concernent étant entièrement du ressort du Code de procédure, le Code civil se borne à y renvoyer. V. art. 2218 ; et C. Pr., art. 749-779.

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS CE VOLUME.

LIVRE TROISIÈME.

TITRE DIX-HUITIÈME.

TITRE DIX-NEUVIÈME.

FIN DE LA TABLE DU TOME NEUVIÈME.

PARIS. — TYP. DE E. PLON, NOURRIT ET Cie, RUE GARANCIÈRE, 8.


a39003 008534959b


DATE DUE
CAT. NO. 1137

